

Aan de Minister van Justitie
Directoraat-Generaal Wetgeving, Internationale
Aangelegenheden en Vreemdelingenzaken
Directie Wetgeving
T.a.v. de heer mr. F.R. Salomons
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Den Haag, 22 september 2008
Uw kenmerk: 5528805/08/6
Doorkiesnummer: 070-335 35 63
Faxnummer: 070-335 35 32
E-mail: a.verdegaal@advocatenorde.nl

Voorontwerp Insolventiewet

Mijnheer de Minister,

Hierbij bied ik u aan het advies over het voorontwerp Insolventiewet van onze
Adviescommissie Insolventierecht. De Algemene Raad van de Nederlandse Orde van
Advocaten kan zich met het advies gaarne verenigen.

Met de meeste hoogachting,
namens de Algemene Raad,

J.J.H. Suyver

Bijlage(n): 1

COMMENTAAR

van de Adviescommissie Insolventierecht¹

van de Nederlandse Orde van Advocaten

op het Voorontwerp Insolventiewet met toelichting, strekkende tot vervanging
van de Faillissementswet door de Insolventiewet²

¹ De Commissie bestaat uit de volgende leden: Mr W.J.M. van Andel (Wijn & Stael Advocaten N.V.), mr R.J. van Galen (NautaDutilh N.V.), G.H. Gispen (Simmons & Simmons), mr A. van Hees (Stibbe N.V.), mr L.J.M. Luchtman (Van Iersel Luchtman N.V.), mr M.J. Ubbens (Trip Advocaten en Notarissen B.V.)

² Zoals gepubliceerd in de Serie Onderneming & Recht, Geschiedenis van de Faillissementswet, deel 2-IV, Kluwer november 2007

INLEIDING

In de toelichting op het Voorontwerp Insolventiewet besteedt de Staatscommissie veel aandacht aan de versterking van het "reorganiserend vermogen" van de Insolventiewetgeving. Volgens de Staatscommissie is dat een tendens die ook in andere Lidstaten van de Europese Unie is waar te nemen. De Commissie heeft bijna tien jaar geleden geadviseerd over het MDW-project Modernisering Faillissementswet. Met dat project werd beoogd de regeling van surseance van betaling in de Faillissementswet zo in te richten dat deze weer aan de oorspronkelijke bedoeling zou voldoen. Surseance van betaling zou aangevraagd moeten worden met het oog op, zou, zo enigszins mogelijk, tot gevolg moeten hebben instandhouding van de onderneming, na reorganisatie, en niet bijna automatisch tot faillissement mogen leiden, aldus de Memorie van Toelichting destijds. Volgens diezelfde Toelichting werden slechts voorstellen gedaan die "niet controversieel zijn en waarvoor geen nader onderzoek nodig is". Ook toen al constateerde deze Commissie reeds dat welhaast elk onderwerp, betrokken bij de eerste fase, verweven is met "de positie van kapitaalverschaffers, leveranciers en personeel".

Het vervolg is het onderhavige Voorontwerp. De Staatscommissie heeft niet geschuwd om in controversiële kwesties een standpunt in te nemen. Het Voorontwerp geeft daar blijk van en uit de reeds verschenen commentaren en ook uit het advies van de Commissie blijkt eens te meer dat een groot aantal kwesties controversieel is. Sommigen vragen zich dan ook af of er aan een nieuwe Insolventiewet moet worden begonnen. De algemene opinie is dat dat het geval is. Kiest men, zoals de Staatscommissie, positie, dan betekent dat, waar nieuwe uitgangspunten worden gekozen, in sommige gevallen een gedegen en uitvoerige technische uitwerking noodzakelijk is. De Staatscommissie heeft zich met verve van die taak gekwet. Over vele aspecten is blijkens de toelichting diep nagedacht. Echter, zoals zo vaak, riep een oplossing toch weer nieuwe vragen op. Waarschijnlijk heeft dat de Staatscommissie ook parten gespeeld bij het finaliseren van het Voorontwerp binnen de door haar aan haar zelf gestelde termijn. Toch bleef nog een aantal vragen open staan, die in een achttiental vraagpunten zijn neergelegd.

Een heet hangijzer blijkt nog steeds moeilijk aan te pakken, namelijk de factor arbeid in de reorganisatieprocedure. In haar advies van 21 december 1999 merkte de Commissie daarover op:

"Aanstonds wenst de Commissie daaraan toe te voegen dat zolang het heetste hangijzer – de behandeling van de factor arbeid in surseance- niet drastisch gewijzigd wordt, het vrijwel zeker is dat de thans beoogde veranderingen nauwelijks een bijdrage zullen leveren aan de bedoeling van de wetgever het zo genoemde "technisch faillissement" te elimineren. Deze gedachte doet nog steeds opgeld. Daarover zal (politieke) duidelijkheid moeten komen."

De Commissie komt daar hierna onder de bespreking van de uniforme procedure en de wederkerige overeenkomsten op terug.

Met haar Voorontwerp voor een nieuwe Insolventiewet heeft de Staatscommissie een enorm werkstuk afgeleverd. De Staatscommissie verdient dan ook alle lof voor dit Voorontwerp. Zoals gezegd, in het Voorontwerp wordt ernaar gestreefd een aantal geconstateerde knelpunten weg te nemen, nieuwe instrumenten te ontwikkelen voor met name oplossingen buiten een insolventieprocedure en een deel van de rechtsontwikkeling te codificeren. Toch

meent de Commissie dat het Voorontwerp in zekere zin teleurstelt, omdat de Staatscommissie ervoor heeft gekozen geen integrale herbezinning op het huidige systeem en de uitgangspunten van de Faillissementswet te laten plaatsvinden, terwijl dit naar het oordeel van de Commissie wel op zijn plaats geweest zou zijn, aangezien de huidige Faillissementswet dateert van 1893 en maatschappelijke en juridische uitgangspunten thans anders zijn dan destijds. In grote lijnen stelt de Staatscommissie voor de huidige regelingen van de Faillissementswet te handhaven en hebben de wijzigingsvoorstellen tot op zekere hoogte meer het karakter van reparatiewetgeving dan van een samenhangende heroriëntatie. Om enkele voorbeelden te noemen: (i) het Voorontwerp gaat nog steeds primair uit van de insolventie als algeheel beslag op de activa van de schuldenaar en er is geen belangstelling voor de verhouding tussen de schuldeisers en de aandeelhouders, (ii) de rol van de rechter-commissaris blijft in grote lijnen ongewijzigd en een alternatief voor de nogal hybride functie die de rechter-commissaris vervult wordt niet overwogen en (iii) een integrale beschouwing over toezicht op de bewindvoerder en verantwoording door de bewindvoerder, met name ten aanzien van de schuldeisers wier belang hij behartigt, ontbreekt evenals (iv) een beschouwing over de vraag in welke gevallen een akkoord tot stand zou moeten kunnen komen (de homologatie-eisen) en een verantwoording voor het betrekkelijk eenvoudige akkoordstelsel, in vergelijking tot bijvoorbeeld het stelsel dat in een Amerikaanse Chapter 11-procedure geldt, ontbreekt eveneens. De Commissie is van mening dat zonder een diepgaander onderzoek van de fundamenteën van een insolventiestelsel en een verantwoording van de keuzes die vervolgens worden gemaakt, een nieuwe insolventiewet teveel dreigt te beloven en te weinig waar te maken.

Daar komt nog bij dat de regeling die het Voorontwerp geeft op tal van punten aanmerkelijk ingewikkelder is dan de regeling die thans geldt. Dit leidt tot hogere kosten en maakt het voor betrokkenen moeilijker hun rechtspositie vast te stellen. Op geen enkele wijze blijkt dat de Staatscommissie een afweging heeft gemaakt van enerzijds dergelijke ongewenste bijeffecten en anderzijds het beoogde effect voorzover dat in werkelijkheid ook zal worden bereikt. Daarvan enkele min of meer willekeurige voorbeelden:

- de 1:2 -regeling bij de verdeling van het actief (art. 6.3.2 lid 1): deze regeling heeft tot gevolg dat bij enige uitkering steeds alle schulden moeten worden geverifieerd. Verder kan de regeling onbedoelde bijeffecten hebben, doordat zij uitsluitend in het geval van insolventie geldt, zodat sommige schuldeisers er belang bij kunnen hebben dat er juist wél of juist níet een insolventverklaring plaatsvindt. De vraag is of de concurrente schuldeisers er in werkelijkheid zoveel op vooruitgaan dat dit opweegt tegen deze nadelen;
- de arbeidsovereenkomst (art. 3.4.3): ook hier wordt de nieuwe regeling in het Voorontwerp voor alle betrokkenen aanmerkelijk complexer en ook hier rijst de vraag of de eventuele voordelen daar wel tegenop wegen;
- toezicht op de taakuitoefening door de bewindvoerder (artt. 4.2.3 e.v.): ook hier een complexe regeling zonder dat duidelijk is dat deze effectiever en efficiënter zal zijn dan de huidige regeling;

Belangrijker nog dan de zojuist genoemde voorbeelden van mogelijke ondoelmatigheden is het doel zelf van de Insolventiewet. De Staatscommissie heeft daarover een bepaling opgenomen doch daarbij kunnen op zijn minst vraagtekens worden geplaatst. Verder valt op dat de toelichting bij het Voorontwerp wel verschillende malen het doel van de regeling vermeldt, maar dat de daarbij gemaakte keuzes nergens worden onderbouwd of toegelicht. Art. 1.1.2 stelt het maximaal bevredigen van de schuldeisers nog steeds voorop. Als secundair doel geldt het behoud van de onderneming van de schuldenaar. De praktijk is echter anders. In circa 70% van de faillissementen is er onvoldoende actief om het salaris van de curator geheel te kunnen voldoen. In al die gevallen speelt het belang van de schuldeisers bij de afwikkeling van het faillissement geen enkele rol. Het gaat daarbij uitsluitend om het “opruimen” van de failliete rechtspersoon. In de overige faillissementen is het bedrag dat aan schuldeisers kan worden uitgekeerd veelal zo gering dat de kosten van faillissementsafwikkeling (bewindvoerder, rechterlijk apparaat) niet of nauwelijks gerechtvaardigd worden. Vermoedelijk zal dat onder de regeling van het Voorontwerp niet veel anders zijn. Onder de huidige Faillissementswet is in circa 70% van alle faillissementen onvoldoende boedelactief aanwezig om de kosten van de curator volledig te kunnen voldoen. Het streven in het Voorontwerp is om de boedel aanmerkelijk te versterken, zodat in meer gevallen een uitkering aan schuldeisers kan worden gedaan. De vraag is of onder de regeling van het Voorontwerp de positie van de boedel inderdaad (significant) zal verbeteren. Zo worden de boedelvorderingen van de verhuurder en de werknemer (artt. 39 en 40 Fw) weliswaar grotendeels geschrapt, maar daar staat tegenover dat, zoals hierboven opgemerkt, de complexiteit van de afwikkeling van de insolventie aanmerkelijk zal toenemen, en daarmee ook de kosten van de bewindvoerder. Verder neemt ook het boedelactief af. Zo valt hetgeen de bewindvoerder ontvangt op stil verpande vorderingen niet langer in de boedel (art. 3.6.8 lid 1) en wordt ook de positie van de retentor ten koste van de boedel versterkt (art. 3.6.13).

Ook bij het secundaire doel kunnen vraagtekens geplaatst worden. Bij nadere kennisneming van het Voorontwerp gaat het daarbij veelal niet zozeer om het behoud van de onderneming, maar om het voortbestaan van de schuldenaar. Wanneer de schuldenaar een rechtspersoon is, is het niet steeds duidelijk wat de rechtvaardiging voor het voortbestaan van die rechtspersoon is in geval van insolventie.

Zonder aan het voorafgaande te willen afdoen heeft de Commissie zich in het hierna volgende beperkt tot commentaar op een aantal aspecten van de voorstellen in het Voorontwerp. Zulks laat dus onverlet dat de Commissie van mening is dat een grondiger algemene oriëntatie vereist is.

Tenslotte, in de algemene toelichting is als aandachtspunt 1 opgenomen dat indien besloten wordt tot een eigen tuchtrecht voor bewindvoerders daarvoor een wettelijke grondslag zal moeten worden gecreëerd. Daaraan voorafgaand merkt de Staatscommissie op dat de invoering van een eigen tuchtrecht overweging verdient. De Commissie is geen voorstander van een wettelijk tuchtrecht voor bewindvoerders. De bewindvoerder wordt ad hoc benoemd door de rechtbank, niet omdat hij lid is van Insolad, of Register Accountant, maar omdat de rechtbank (al dan niet op basis van aannames) een zekere deskundigheid en geschiktheid voor het vervullen van zijn taak aanwezig acht. Als zodanig is de curator meer

als een “officer of the court” te beschouwen dan als een beroepsbeoefenaar. Toezicht op de bewindvoerder dient plaats te vinden door (met name) de rechter-commissaris en (ten dele) schuldeisers. Bij onbehoorlijk handelen van de bewindvoerder zijn er meer dan voldoende middelen om in te grijpen. In het ultieme geval zal hij door de rechtbank ontslagen kunnen worden en in nieuwe faillissementen niet meer worden benoemd. . Het toezicht door de rechter-commissaris is volledig ingekaderd in het Voorontwerp en in de concrete afweging van het belang van de boedel tegenover het belang van de opkomende partijen. Het rechterlijk toezicht dient optimaal te functioneren. Zou daarnaast een wettelijk tuchtrecht worden ingevoerd dan zou bovendien onduidelijkheid ontstaan met betrekking tot de verhouding tussen dat tuchtrecht enerzijds en het rechterlijke toezicht anderzijds. Voor afzonderlijk wettelijk tuchtrecht ziet de Commissie dan ook geen plaats.

's-Gravenhage, 17 september 2008

DE KEUZE VOOR ÉÉN UNIFORME PROCEDURE

De huidige Faillissementswet kent drie procedures, namelijk ten eerste het faillissement dat primair gericht is op liquidatie, de surseance van betaling die gericht is op reorganisatie en de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen die gericht is op sanering van de schulden van een natuurlijk persoon. Het voorstel in het Voorontwerp is om deze procedures samen te voegen tot één procedure, de insolventieprocedure. Het huidige systeem van drie procedures leidt tot enkele problemen, vooral bij de opening van de procedure. Naar huidig recht geldt dat een schuldenaar-rechtspersoon die geconfronteerd wordt met een faillissementsaanvraag door een schuldeiser, geplaagd wordt voor een dilemma. Hij kan besluiten verweer te voeren met het risico dat dat verweer niet wordt gehonoreerd en hij failliet verklaard wordt. Hij kan er ook voor kiezen surseance aan te vragen met het gevolg dat deze dadelijk voorlopig wordt verleend en de faillissementsaanvraag voorlopig niet aan de orde komt. De wet opent echter niet de mogelijkheid verweer te voeren en enkel voor het geval dat verweer niet zou slagen surseance aan te vragen. Voor natuurlijke personen geldt ongeveer hetzelfde. Zij kunnen een faillissementsaanvraag pareren door een aanvraag in te dienen tot toepassing van de schuldsaneringsregeling.

In het Voorontwerp is naar het oordeel van de Commissie er terecht voor gekozen met dit systeem te breken. In andere landen ziet men doorgaans twee systemen. Onder het ene systeem is er een gemeenschappelijke ingang en begint de insolventieprocedure met een waarnemingsperiode. Vervolgens wordt gekozen voor een liquidatie- of een reorganisatiescenario (Frankrijk, Duitsland), onder het andere systeem bestaan verschillende insolventieprocedures, maar kan de schuldenaar ten minste eenmaal overstappen van de ene procedure naar de andere (Verenigde Staten). In het Voorontwerp is er echter voor gekozen geen van deze stelsels te volgen maar slechts één uniforme insolventieprocedure in te voeren. Die procedure kan zowel gericht zijn op liquidatie als op reorganisatie. Als belangrijkste redenen daarvoor wordt aangevoerd (1) dat de surseance van betaling niet voldoet aan haar doel, (2) dat de insolventieprocedure aldus flexibeler wordt, (3) dat voorkomen dient te worden dat de belangen van de bij de insolventie betrokken partijen per procedure gaan verschillen, (4) dat de overstap van sanering van de schulden van de schuldenaar naar reorganisatie van de onderneming via een activatransactie of liquidatie van de onderneming (en vice versa) dient te worden vereenvoudigd en (5) dat het uit een oogpunt van doelmatigheid niet gewenst is dat de verschillende afwikkelingvormen van de insolventie in aparte formele procedures zijn ondergebracht³.

De Commissie zal hier niet al deze aangevoerde redenen in extenso bespreken, al was het maar omdat zij bij gebrek aan uitwerking door de Staatscommissie niet alle eenvoudig te duiden zijn. Zo lijkt de laatste grond eigenlijk geen echt argument, maar meer een petitio principii. Dat de surseance niet aan haar doel zou voldoen is nog geen reden om reorganisatie- en liquidatieprocedure te integreren, althans niet zolang niet eerst is onderzocht of de surseance als reorganisatieprocedure niet zou kunnen worden verbeterd. Naar de mening van de Commissie zijn er drie redenen waarom slechts weinig surseances

³ toelichting, algemeen deel sub 8.

slagen en waarom in veel gevallen niet eens een surseance aangevraagd wordt doch meteen voor faillissement wordt gekozen. Ten eerste geldt in surseance thans niet de ontslagregeling van het faillissement waaronder zonder toestemming van het CWI werknemers op korte termijn ontslagen kunnen worden. Ten tweede kunnen in een surseanceakkoord thans niet de preferente schuldeisers gebonden worden. Dit heeft tot gevolg dat de financier van een surseance-akkoord geen zekerheid kan krijgen over de resterende preferente schulden, hetgeen een belangrijk argument is om de reorganisatie te laten plaatsvinden door middel van een activatransactie in faillissement en de achterblijvende geldzakvennootschap te liquideren in faillissement. De derde reden is dat een activatransactie veel eenvoudiger te bewerkstelligen is dan een akkoord en daarmee doorgaans hetzelfde economische resultaat bereikt kan worden. Wat het eerste betreft lijkt het Voorontwerp ervan uit te gaan dat als de insolventieprocedure een reorganisatieprocedure is niettemin geen toestemming voor ontslagen nodig is van het CWI. In wezen komt dit erop neer dat voor de "surseance" het faillissementsontslagrecht wordt ingevoerd, doch enigszins verscholen. Wat het tweede betreft geldt onder de voorstellen van het Voorontwerp dat ook preferente crediteuren aan het akkoord gebonden zullen zijn, waarmee dit probleem is opgelost. Wat het derde betreft is het de vraag of er veel verandering komt en of de activa-transactie niet de voorkeur zal behouden. Opgemerkt zij overigens dat ook in het buitenland verreweg het leeuwendeel van de insolventieprocedures liquidatieprocedures zijn en dat er slechts weinig reorganisatieprocedures tot een goed einde worden gebracht maar dat zulks niet afdoet aan het belang van die reorganisatieprocedures die ook vaak juist de grote ondernemingen betreffen. Bovendien moet bedacht worden dat onder meer vanwege het hierboven genoemde dilemma bij het verweer tegen de faillissementsaanvraag, in Nederland veel surseances worden aangevraagd in gevallen waarin een liquidatieprocedure geëigend is.

In art. 1.1.2 van het Voorontwerp wordt bepaald dat de insolventieprocedure "strekt tot tegeldemaking van het vermogen van de schuldenaar en verdeling van de opbrengst onder de gezamenlijke schuldeisers of tot sanering van de schulden van de schuldenaar. Heeft de schuldenaar een onderneming dan wordt deze zoveel als mogelijk behouden." De eerste zin verenigt een liquidatie- en een reorganisatiedoelstelling, gescheiden door het woordje "of". Het is onduidelijk wanneer de bewindvoerder het ene doel moet nastreven en wanneer het andere en dat maakt het toetsen of beïnvloeden van het handelen van de bewindvoerder lastig. Uit een oogpunt van doelmatigheid komt het de Commissie voor dat het bepaald wenselijk is dat een faseovergang gemarkeerd wordt. De Commissie merkt terzijde op dat de doelstelling in zoverre te beperkt is geformuleerd dat de procedure tevens een maatschappelijke opruimfunctie kan vervullen zonder dat enige opbrengst onder de schuldeisers te verdelen valt of schulden gesaneerd kunnen worden.

Het ligt voor de hand dat de rechten van de schuldeisers in een reorganisatieprocedure anders geregeld worden dan in een liquidatieprocedure en dat is eens te meer reden om een onderscheid te maken tussen een liquidatieprocedure of liquidatiefase in de insolventieprocedure enerzijds en een reorganisatieprocedure of een reorganisatiefase in de insolventieprocedure anderzijds. De schuldeisers en de schuldenaar dienen inspraak te hebben wanneer overwogen wordt over te gaan van de ene procedure of fase naar de andere. Overigens is er, anders dan onder de huidige faillissementsregeling geen fase

waarin de bewindvoerder de goederen moet bewaren in afwachting van verdere beslissingen. De regeling van de conservatoire fase onder de huidige faillissementsregeling wordt overigens niet nageleefd omdat de Hoge Raad in zijn arrest van 27 augustus 1937, NJ 1938,9 de beperkingen die onder art. 101 Fw gelden voor de verkoop van goederen in de conservatoire fase van het faillissement heeft weggeschreven. Bedacht moet echter worden dat de zeer summiere bewijsvoering die voor faillietverklaring nodig is – en dat verandert niet onder het Voorontwerp – zich wel kan verdragen met de opening van een conservatoire fase van het faillissement maar zich slecht laat rijmen met onmiddellijke liquidatie zonder dat de schuldenaar in de gelegenheid wordt gesteld een andere oplossing te vinden (onder de huidige regeling door het aanbieden van een akkoord). De Commissie is van mening dat in sommige insolventieprocedures, met name wanneer de schuldenaar daarmee instemt, geen conservatoire fase hoeft plaats te vinden, maar in andere procedures is dat wel degelijk gewenst.

De Staatscommissie lijkt er naar te streven dat insolventieprocedures vaker in een eerder stadium worden geopend dan thans het geval is, ondermeer door, zoals hierna besproken zal worden, het recht van schuldeisers om een insolventieprocedure uit te lokken uit te breiden.⁴ De Commissie acht onvoldoende aangetoond dat aldus meer ondernemingen gered zullen kunnen worden. Opening van een insolventieprocedure brengt een aanzienlijk afbreukrisico met zich en wanneer insolventieprocedures eerder geopend kunnen worden dan thans, zou dat in een aantal gevallen er wel eens toe kunnen leiden dat overlevingsmogelijkheden worden opgeofferd. In ieder geval ontbreekt deugdelijk empirisch en rechtsvergelijkend onderzoek waaruit blijkt dat meer ondernemingen gered kunnen worden indien insolventieprocedures eerder geopend worden.

Onder de huidige Faillissementswet kan de surseance van betaling niet worden aangevraagd door een schuldeiser⁵. Dat betekent dat een *schuldeiser* slechts een insolventieprocedure kan bewerkstelligen als hij kan aantonen dat de schuldenaar verkeert in een toestand van opgehouden hebben te betalen. Onder de voorgestelde regeling zal een schuldeiser ook de insolventieprocedure kunnen aanvragen wanneer redelijkerwijs te voorzien is dat de schuldenaar niet zal kunnen voortgaan met het betalen van zijn opeisbare schulden (het surseancecriterium). Wel zal de aanvragende schuldeiser nog summierlijk moeten aantonen dat de schuldenaar jegens hem in verzuim is (art. 2.2.7 lid 2). Wat nu precies bedoeld wordt met het criterium dat redelijkerwijs te voorzien is dat de schuldenaar niet zal kunnen voortgaan met het betalen van zijn opeisbare schulden, is ook onder het huidige recht niet geheel duidelijk, maar kennelijk breekt dat stadium toch eerder aan dan het stadium waarin de liquiditeitsnood zo hoog is gestegen dat de schuldenaar verkeert in de toestand van opgehouden hebben te betalen. Het komt de Commissie niet wenselijk voor dat het een schuldeiser aanmerkelijk gemakkelijker wordt gemaakt om een insolventieprocedure te doen openen dan thans het geval is. Een insolventieprocedure grijpt immers diep in in het vermogen en de vrijheden van de schuldenaar. Anderzijds geldt dat, als het begrip “redelijkerwijs te voorzien is dat de schuldenaar niet zal kunnen voortgaan met het betalen

⁴ Zie bijvoorbeeld toelichting, onder algemeen deel 7 en 8 en onder afd. 2.2.

⁵ Hetzelfde geldt voor de schuldsaneringsregeling.

van zijn opeisbare schulden” eng wordt geïnterpreteerd, zulks de schuldenaar te zeer zal belemmeren in de mogelijkheid zelf ter reorganisatie van zijn vermogen een insolventieprocedure te openen. Daardoor kunnen kansrijke saneringsmogelijkheden verloren gaan. Het komt de Commissie derhalve voor dat het criterium voor opening van een insolventieprocedure op verzoek van enerzijds een schuldeiser en anderzijds de schuldenaar niet hetzelfde dient te zijn. Het criterium voor een schuldeiser dient aanzienlijk beperkter te zijn dan het criterium voor de schuldenaar. Of de bepaling van art. 2.2.7 lid 2 de noodzakelijke beperking aanbrengt kan worden betwifteld.

De schuldenaar kan onder art. 7.1.1 aan zijn schuldeisers een akkoord buiten insolventie aanbieden indien hij voorziet dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan. Aangezien een schuldeiser op grond van eenzelfde criterium een insolventieprocedure zal kunnen aanvragen, zal, wanneer een schuldeiser na opening van de procedure onder afd. 7.1, opening van een insolventieprocedure vraagt, de schuldenaar zich daartegen praktisch niet kunnen verdedigen. De Commissie vreest dat deze consequentie schuldenaars zal ontmoedigen om een akkoord te bieden onder afd. 7.1.

Het voorstel van de Commissie houdt in grote lijnen in dat de surseanceregeling wordt afgeschaft. Enkele elementen blijven behouden zoals de mogelijkheid de schuldenaar of zijn bestuur mede bewind te laten voeren en de integratie van de doelstelling in de insolventieprocedure. Echter belangrijke elementen verdwijnen. Een bijzonder aspect van de surseanceregeling wordt gevormd door de exitmogelijkheden. De surseance kan eindigen door tijdsverloop (art. 223 lid 1 Fw), maar ook doordat tot beëindiging wordt beslist omdat voortzetting niet meer nodig is (art. 242 lid 1, 5° Fw en art. 247 Fw). Het is wenselijk die mogelijkheden ook open te stellen in de insolventieprocedure, zeker indien dit een reorganisatieprocedure is.

Op bovenstaande gronden is de Commissie er geen voorstander van dat één uniforme insolventieprocedure wordt ingevoerd zonder duidelijk afbakening van een conservatoire, reorganisatie- en liquidatiefase. Gekozen dient te worden voor hetzij verschillende procedures met mogelijkheden om van de ene procedure over te gaan naar de andere, hetzij één procedure met onderscheiden fasen. Voor aanvraag van een insolventieprocedure door een schuldeiser dient een beperkter criterium te gelden dan voor aanvraag door de schuldenaar. De exitmogelijkheden van de surseance dienen behouden te blijven.

TITEL 1. ALGEMENE BEPALINGEN

Afdeling 1.1 - Algemeen

Artikel 1.1.7 Insolventieraad

Het Voorontwerp introduceert een Insolventieraad. De bestuurlijke status van de Insolventieraad wordt uit het Voorontwerp niet duidelijk,

De taak van de Insolventieraad bestaat volgens art. 1.1.7. uit (i) het (op verzoek van de Minister van Justitie c.q. ambtshalve) vaststellen van Richtlijnen over de toepassing van de wet (ii) het doen van voordrachten aan de Minister van Justitie tot het vaststellen van nadere regels betreffende het verloop van de insolventieprocedure, voorwaarden voor de benoembaarheid van personen tot (stille) bewindvoerder of schuldbegeleider of tot “extern” lid van de schuldeiserscommissie, het vaststellen van regels over de wijze van vaststelling van het salaris van de bewindvoerder en het stellen van nadere regels ter bevordering van de eenheid van de wijze van rechtspleging in insolventiezaken (iii) andere taken die bij Algemene Maatregel van Bestuur aan de Insolventieraad kunnen worden opgedragen. Onder dat laatste wordt begrepen het advies over de verplichte boedelbijdrage (art. 3.6.10 lid 1). Voorbeelden van onderwerpen waarover de Insolventieraad zich zou kunnen buigen zijn: interpretatievragen, wanneer wel of geen schuldeisercommissie instellen vóór de verificatievergadering; reglementering van het functioneren van de schuldeiserscommissie (art. 4.4.3); procedurele eisen bij het aanbieden van een akkoord (art. 7.1.3 en art. 7.1.5) en bij het verzoek om erkenning van een buitenlandse procedure.

De rol van de Insolventieraad ziet (ook) op het geven van richting aan kwaliteitseisen en kwaliteitsbewaking.

Zoals blijkt uit de toelichting zijn de door de Insolventieraad op grond van art. 1.1.7 lid 2 vastgestelde richtlijnen over de toepassing van de wet niet bindend. Niet duidelijk is hoe dit moet worden begrepen. Kan de wet in sommige gevallen anders worden toegepast dan op de door de Insolventieraad vastgelegde wijze?

Volgens de toelichting wordt in art. 1.1.7 lid 3 de mogelijkheid geopend dat de Minister van Justitie de richtlijnen van de Insolventieraad bekrachtigt. Naar het oordeel van de commissie staat dit niet in lid 3 te lezen. Wél kan de Insolventieraad een voordracht doen tot het vaststellen van regels zoals hierboven zijn opgesomd. Verduidelijking over de samenhang tussen lid 2 en lid 3 is gewenst.

De samenstelling van de Insolventieraad is in het Voorontwerp niet geregeld; die wordt geheel aan de Minister van Justitie overgelaten. In de toelichting wordt wel een aantal belangengroepen als “voor de hand liggend” genoemd. De Commissie signaleert dat naast de NVB (als vertegenwoordiger van banken) alleen de Ontvanger als schuldeiser wordt genoemd. De deelname van de Staat als lid van de Insolventieraad lijkt strijdig met zijn (beoogde) onafhankelijkheid.

Het Voorontwerp ligt, zo blijkt uit de toelichting, in het verlengde van ontwikkelingen in het kader van de fundamentele herbezinning op het burgerlijk procesrecht, waar eveneens een toenemende behoefte is gesignaleerd aan verduidelijking en nadere normering van wettelijke regels anders dan langs de traditionele kanalen van wetgeving en rechtspraak, en met betrokkenheid van terzake deskundigen en belanghebbenden uit het desbetreffende praktijkgebied.

De Commissie meent dat een insolventiewet eenvoudig toegankelijk moet zijn voor schuldeisers uit binnen- en buitenland en duidelijk en voorspelbaar dient te zijn. Alleen dan kan worden gewaarborgd dat schuldeisers hun rechten en risico's goed kunnen beoordelen en dat is van belang voor hun bereidheid om in Nederland krediet te verlenen en te investeren.

Met de introductie van een Insolventieraad met verregaande bevoegdheden op het gebied van de regelgeving lijkt het Voorontwerp de deur open te zetten naar "flexibele" regelgeving. De hang naar flexibele wetgeving stelt de weg open naar gelegenheidswet- en regelgeving, en doet afbreuk aan de voor een optimale kredietverleningspraktijk en voor een goed internationaal handelsverkeer vereiste voorspelbaarheid en rechtszekerheid. Het gevaar van gelegenheidsregelgeving ligt op de loer.

Afdeling 1.2 Het insolventieregister

De voorgestelde regeling van het insolventieregister houdt in dat er één centraal register zal zijn waarin alle insolventies worden geregistreerd (art. 1.2.1). Ook wordt het aantal gegevens dat moet worden geregistreerd aanzienlijk uitgebreid (artt. 1.2.2 tot en met 1.2.6). Uitgangspunt is dat de griffier van de rechtbank die de insolventie heeft uitgesproken de registratie verzorgt (art. 1.2.2. lid 2). Het is wellicht beter om te verduidelijken dat dit de griffier is van de rechtbank die in eerste instantie bevoegdlijk van een verzoek tot insolventverklaring kennis heeft genomen.

Het Voorontwerp gaat ten aanzien van de door de bewindvoerder te verrichten publicaties niet verder dan dat in het Insolventieregister wordt ingeschreven op welke wijze deze gegevens kunnen worden ingezien. De Commissie beveelt aan dat alle door curatoren te verrichten publicaties, aankondigingen en mededelingen in het Insolventieregister of een daaraan direct gelieerd en wettelijk geregeld nevenregister integraal moeten worden opgenomen.

De Commissie is van oordeel dat van een verbetering van de mogelijkheden voor de schuldeisers om invloed uit te oefenen op het bestuur van de boedel alleen gestalte kan krijgen bij deugdelijke verantwoording door de bewindvoerder. Daartoe dient de wet eisen te stellen aan de verantwoording die de bewindvoerder dient af te leggen en die openbaar moet worden gemaakt.

De Commissie beveelt aan dat aanwijzingen en bevoegdheidsbeperkingen als bedoeld in de artt. 4.3.4 lid 1 en 4.2.2 lid 2 ook in het Insolventieregister worden opgenomen.

De Commissie beveelt aan dat niet alleen kerngegevens of uittreksels van vonnissen of beschikkingen of aanwijzingen worden gepubliceerd, maar dat de integrale teksten daarvan

worden gepubliceerd, zodanig dat deze zonodig als gewaarmerkte kopie kunnen worden gedownload. De Commissie beveelt voorts aan dat alle beroeps- en verzettermijnen een aanvang nemen met de publicatie van de appellabele beschikking of vonnis in het Centraal Insolventieregister.

De Commissie beveelt tenslotte aan dat alle op de wet gebaseerde aan de rechter-commissaris of rechtbank gerichte verzoeken die door de schuldenaar, de bewindvoerder of de schuldeisers worden gedaan in het Insolventieregister worden opgenomen zodanig dat deze voor deze partijen en hun adviseurs toegankelijk zijn.

De Commissie beveelt tenslotte aan dat elke rechtbank (in het Voorontwerp zouden dat er nog 5 zijn) toch ook zelf een volledig “hard copy”-register aanhoudt van de bij haar gevoerde insolventieprocedures. Het internet kan tenslotte ook wel eens “uit de lucht” raken.

TITEL 2. DE PROCEDURE TOT INSOLVENTVERKLARING

Afdeling 2.1 – Relatieve bevoegdheid

Artikel 2.1.1 Relatieve bevoegdheid

Het Voorontwerp kiest voor één relatief bevoegde rechtbank per ressort met als argument het vergroten en concentreren van deskundigheid en wellicht dat ook voordelen vanwege de schaalvergroting bereikt kunnen worden. De vraag is óf deze argumenten opgaan en zo ja, of andere aspecten zwaarder wegen.

In Trema wijdt mr. J.W.M. Tromp⁶ een artikel aan de toezichthoudende taak van de rechter-commissaris in faillissementen. Tromp beschrijft daarin het toezicht door de rechter-commissaris en vergelijkt de huidige situatie met de toekomstige, waaronder hij verstaat het voorstel zoals geformuleerd in het Voorontwerp. Tromp is het met dit voorstel niet eens omdat hij een rechter-commissaris niet als een specialist beschouwt en dus het door de Staatscommissie genoemde voordeel: het vergroten en concentreren van deskundigheid, niet relevant vindt.

De rechter-commissaris heeft een groot aantal taken. Tromp noemt die nog eens op. De rechter-commissaris is betrokken bij kwesties op een groot aantal rechtsgebieden, zoals Tromp ook terecht stelt. Hij moet een brede rechtskennis hebben en ervaren zijn. Dit betekent volgens de Commissie echter niet dat hij daarmee geen specialist zou (moeten) zijn. Immers, de ontwikkeling van het insolventierecht gedurende de laatste 15 jaar is sterk bevorderd ondermeer door de toenemende mate waarin de door Insolad voor haar leden verplicht gestelde specialisatie-opleiding voor curatoren de opstap was naar een kwalitatief betere behandeling van faillissementen. En wat voor curatoren geldt in dit opzicht, geldt ook voor rechters-commissarissen. Niet alleen hun werkdruk, maar ook de geringere mate, waarin men geverseerd is in de materie, - door gebrek aan specifieke kennis en ervaring -

⁶ Trema, nr 7, september 2007, J.W.M. Tromp, „Enkele opmerkingen over de toezichthoudende taak van de rechter-commissaris in faillissementen en de kantonrechter bij onderbewindstellingen”.

belemmert in een groot aantal gevallen adequaat toezicht.

Het Voorontwerp wil het probleem van de deskundigheid oplossen door concentratie van de insolventieprocedure bij één rechtbank binnen een hofressort, en wel daar waar het hof zelf gevestigd is. Concentratie leidt niet vanzelfsprekend tot vergroting van de deskundigheid van de individuele rechters. De van de kant van curatoren veel gehoorde klacht is dat een rechter-commissaris te snel rouleert. In de meeste gevallen blijft hij niet langer dan 4 jaar rechter-commissaris. Neemt men als uitgangspunt dat een rechter-commissaris gemiddeld ten minste 1000 dossiers onder zijn beheer heeft, dan betekent dat in feite dat hij 1 à 2 jaar nodig heeft om zich in te werken. Hij heeft dan nog 2 jaar om inderdaad een adequate toezichthouder op het handelen van de curator te zijn, aannemende dat hij in de eerste twee jaren zich voldoende financieel en administratief heeft laten bijscholen om de bedrijfseconomische en aansprakelijkheidsaspecten van een faillissement enigszins te kunnen doorgronden. Dat laatste is vaker niet dan wel het geval. Zoals bij curatoren ontbreekt ook bij rechters-commissarissen vaak een behoorlijk financieel economisch inzicht. Over een oplossing voor dit probleem vindt men niets in het Voorontwerp. Het Voorontwerp meent door concentratie de deskundigheid van de rechter-commissaris te kunnen vergroten.

Het Voorontwerp kan daarbij steunen op het kader, dat het ontwerp Evaluatiewet R.O. aanreikt⁷. Naar de mening van de Commissie zal echter slechts een duidelijke positiebepaling van de gerechtsbesturen dat zij rechters-commissarissen voor veel langere tijd wensen te benoemen, leiden tot vergroting van de deskundigheid. Die beleidslijn wordt echter niet gevolgd.

Een andere premisse is dat voldoende budget ter beschikking staat.

Zou men de insolventies per hofressort willen concentreren, dan is het de vraag of dat zou dienen te geschieden bij de rechtbank van die stad, waar het hof is gevestigd. Vanwege de specifieke deskundigheid, die met name van rechters wordt verwacht op financieel economisch gebied bij de behandeling van insolventies, zou er veel voor te zeggen zijn dat de insolventie-afdeling van de rechtbank dan zou worden ondergebracht bij de rechtbank, die is aangewezen voor de geschillen binnen dat hofressort op het gebied van de rijksbelastingen. Veel rechters in de Belastingkamer, zoals oud-inspecteurs der belastingen en andere rechters uit die bloedgroep, hebben een gedegen financieel economische kennis en zijn dus makkelijker inzetbaar in insolventiezaken. Naar gelang de carrièreplanning van een dergelijke rechter zouden die zelfs op enig moment vast benoemd kunnen worden binnen de insolventie-afdeling van een rechtbank.

⁷ *Rechtspraak is kwaliteit*, Rapport van de Commissie evaluatie modernisering rechterlijke organisatie, Den Haag 11 december 2006.

Afdeling 2.2 – Insolventieverklaring

Pluraliteit

Blijkens de toelichting op afd. 2.2 zal bij verzoeken tot insolventieverklaring op de grond dat de schuldenaar verkeert in de toestand van opgehouden hebben te betalen, het pluraliteitsvereiste gehandhaafd blijven. Dit vereiste houdt in dat de schuldenaar ten minste twee schuldeisers heeft. Naar het oordeel van de Commissie verdient het de voorkeur dat een insolventieprocedure op deze grond ook geopend kan worden indien de schuldenaar slechts één schuldeiser heeft. Te denken valt aan een situatie waarin een schuldenaar doelbewust één schuldeiser niet betaalt terwijl hij doorgaat met het betalen van andere schulden. In de praktijk zijn er nog wel eens gevallen waarin de enig overgebleven schuldeiser geen verhaal kan vinden voor zijn vordering, omdat de schuldenaar zijn bezittingen heeft verborgen. In dergelijke gevallen is het gewenst dat een bewindvoerder die bezittingen opspoort of bijvoorbeeld gebruik maakt van de middelen die het insolventierecht biedt om bestuurders aan te spreken. Te denken valt ook aan het geval van een Special Purpose Vehicle die één schuldeiser heeft, maar waarvan de activa gelegen zijn in een ander land, zodat het Nederlandse executierecht geen uitkomst biedt, terwijl een Nederlandse bewindvoerder wel effectief de activa te gelde kan maken (bijvoorbeeld omdat zijn bevoegdheden in EU lidstaten worden erkend). Wel zou overwogen kunnen worden om in gevallen waarin slechts één schuldeiser bekend is, de eisen voor aanvraag van de insolventieprocedure te verzwaren, bijvoorbeeld door te bepalen dat de schuldenaar reeds gedurende een bepaalde termijn jegens die schuldeiser in verzuim is.

TITEL 3. GEVOLGEN VAN DE INSOLVENTVERKLARING

Afdeling 3.2 - Verhaalsbenadeling

De toelichting op deze afdeling vangt aan met de opmerking dat deze afdeling, anders dan de huidige regeling van artt. 42-51 Fw, tevens een regeling van de zogenoemde Peeters/Gatzen-vordering bevat. De Commissie onderschrijft de noodzaak om de Peeters/Gatzen-vordering te codificeren. Verderop zal op de voorgestelde regeling op dit punt nader worden ingegaan.

Wat opvalt is dat in de toelichting met geen woord gerept wordt over het feit dat de keuze voor één insolventieprocedure met zich brengt dat de pauliana-bepalingen, anders dan in de Faillissementswet, tevens van toepassing zijn in situaties waarin onder de huidige wet surseance van betaling is verleend. Deze constatering is niet zonder betekenis omdat de toenmalige wetgever er juist bewust voor gekozen heeft de faillissementspauliana-bepalingen niet (reeds) in een op reorganisatie gerichte procedure van toepassing te doen zijn. Zie in dit verband ook hetgeen hiervoor is opgemerkt met betrekking tot de keuze voor één uniforme procedure.

De artt. 3.2.1 tot en met 3.2.4 regelen de faillissementspauliana ter zake van *onverplichte* rechtshandelingen die thans in de artt. 42-45 Fw vervat is. De regeling in het Voorontwerp is in materieel opzicht nagenoeg gelijk aan de regeling in de huidige wet; de wijzigingen zijn hoofdzakelijk redactioneel van aard. Met de Staatscommissie is de Commissie van mening dat er geen aanleiding bestaat om de regeling van de pauliana ter zake van onverplichte rechtshandelingen materieel (ingrijpend) te herzien. De Commissie laat de genoemde artikelen dan ook verder onbesproken, met dien verstande dat het naar haar oordeel ter vermijding van ieder misverstand wel aanbeveling verdient om in de toelichting op deze artikelen te vermelden dat het daarin gebruikte begrip “schuldeisers” mede de boedelschuldeisers omvat.

Art. 3.2.5 regelt de pauliana ter zake van verplicht verrichte rechtshandelingen. Dit artikel behelst wel een ingrijpende wijziging, die bovendien controversieel is⁸, ten opzichte van het huidige art. 47 Fw. Dat de Staatcommissie art. 47 Fw niet in ongewijzigde vorm in het Voorontwerp zou overnemen, lag in de lijn der verwachting. Met name Vriesendorp, lid van de Staatscommissie, heeft in het verleden meermalen kritiek geuit op de beperkte reikwijdte van art. 47 Fw en gepleit voor gelijkenschakeling met het goede trouw criterium van art. 54 lid 1 Fw. Aanleiding voor die kritiek vormt de jurisprudentie van de Hoge Raad ten aanzien van beide artikelen, waarin enerzijds – in het arrest AMRO Bank/curatoren THB⁹ – het toepassingsbereik van art. 54 Fw verruimd werd door de verrekening in rekening-courant in materiële zin aan te merken als een vorm van schuldoverneming en anderzijds – in het arrest Gispén q.q./IFN¹⁰ – het toepassingsbereik van de tweede grond voor vernietiging in art. 47 Fw beperkt werd tot in de praktijk nauwelijks te bewijzen gevallen van samenspanning tussen de schuldenaar en de schuldeiser die de betaling ontving. Een meerderheid van de Commissie acht aanpassing van (de norm vervat in) art. 47 Fw ongewenst, met dien verstande dat zij wel van mening is dat de “oogmerk”-eis die voortvloeit uit de jurisprudentie van de Hoge Raad ten aanzien van de tweede grond van art. 47 Fw, te strikt is. Zij acht voldoende dat sprake is van subjectieve wetenschap bij zowel debiteur als de betreffende crediteur van de uit het overleg tussen beiden voortvloeiende begunstiging van die crediteur boven de andere schuldeisers. Voor het overige acht de meerderheid van de Commissie het met het oog op de rechtszekerheid in het handels- en betalingsverkeer van belang dat verplichte rechtshandelingen ook onder een nieuwe wet slechts bij hoge uitzondering kunnen worden vernietigd. Zij ziet geen reden tot gelijkenschakelijking van de normen van art. 47 en 54 Fw omdat het hier in essentie om twee verschillende rechtsfiguren gaat (betaling van een opeisbare schuld enerzijds en schuldoverneming, gevolgd door verrekening, anderzijds) en er goede argumenten zijn om de curator in het tweede geval (schuldoverneming, gevolgd door verrekening) ruimere mogelijkheden te bieden tot redres dan in het eerste geval (betaling opeisbare schuld). Een minderheid van de Commissie onderschrijft het standpunt

⁸ Met name de banken lijken zich te verzetten tegen de uitbreiding van de mogelijkheid die art. 3.2.5. aan de bewindvoerder biedt om verplicht verrichte rechtshandelingen te vernietigen.

⁹ HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 449

¹⁰ HR 24 maart 1995, NJ 1995, 628 m. nt. PvS

dat het toepassingsbereik van (de tweede grond van) art. 47 Fw in de uitleg die de Hoge Raad daaraan geeft, te beperkt is en dat er behoefte bestaat aan een ruimere mogelijkheid van de bewindvoerder om verplicht verrichte rechtshandelingen in het zicht van een insolventie aan te tasten. Die minderheid heeft ook oog voor het belang van rechtszekerheid in het betalingsverkeer, maar is tevens van mening dat, gelet op het gewicht dat daarnaast moet worden toegekend aan de notie dat crediteuren zich niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid die zij jegens hun medeschuldeisers in acht hebben te nemen, aan de paritas behoren te onttrekken, die rechtszekerheid niet op te vergaande wijze wordt aangetast indien het voorgestelde art. 3.2.5. zou worden ingevoerd.

De uitbreiding van de mogelijkheid die art. 3.2.5. aan de bewindvoerder biedt om verplicht verrichte rechtshandelingen te vernietigen, houdt in dat het vereiste van samenspanning niet langer geldt en dat voldoende voor vernietiging van de verplicht verrichte rechtshandeling is als :

- a) deze binnen drie maanden voor de insolventverklaring verricht is;
- b) degene met of jegens wie de rechtshandeling werd verricht, wist of behoorde te weten dat de insolventverklaring van de schuldenaar niet te vermijden was;
- c) sprake is van benadeling van schuldeisers;
- d) er voor het verrichten van de rechtshandeling in de gegeven omstandigheden geen rechtvaardiging bestond.

De geformuleerde criteria lijken op zich vrij helder, maar wie de toelichting op het artikel leest raakt vervolgens in verwarring. Dat komt vooral doordat de Staatscommissie ter verduidelijking van de criteria van de nieuwe bepaling met name voorbeelden bespreekt die onder het huidige recht niet of slechts in uitzonderingsgevallen aan art. 47 Fw getoetst worden, maar in de regel aan art. 42 Fw. Zo bespreekt de Staatscommissie drie voorbeelden die kennelijk volgens haar wel binnen het toepassingsgebied van art. 3.2.5 Voorontwerp zouden vallen, maar vervolgens niet aan de criteria zouden voldoen: i) het verstrekken van nieuw krediet tegen nieuwe zekerheden, ii) leveranties of dienstverleningen tegen (contante) betaling door leveranciers en dienstverleners en iii) de inschakeling van een advocaat om verweer te voeren tegen een faillissementsaanvraag.

Het (onverplicht) aangaan van nieuwe overeenkomsten binnen de "verdachte" periode, gevolgd door nakoming daarvan, valt naar het oordeel van de Commissie in beginsel *niet* onder het bereik van art. 3.2.5 maar onder het bereik van art. 3.2.3. (dat gaat over onverplicht verrichte rechtshandelingen anders dan om niet). Het "opknippen" van dit samenstel van handelingen in separate deelhandelingen, vervolgens een van die deelhandelingen (de voldoening door de schuldenaar) te toetsen aan de criteria van art. 3.2.5 om ten slotte te oordelen dat aan de eerste drie criteria van dat artikel voldaan is, maar dat er in casu voor het verrichten van die voldoening een rechtvaardiging bestond, is naar het oordeel van de Commissie om meerdere redenen een onjuiste benadering.

De Staatscommissie vangt de toelichting op art. 3.2.5 aan met de volgende passage:

“De strekking van deze bepaling is gedrag tegen te gaan waardoor een bepaalde schuldeiser zich in strijd met de redelijkheid en billijkheid aan de concursus creditorum probeert te onttrekken. Dit is immers de situatie die een ordelijke afwikkeling onder leiding van een bewindvoerder rechtvaardigt. Indien de schuldenaar en de schuldeiser ervan uit mogen gaan dat de insolventverklaring een kwestie van tijd is, moet voorkomen worden dat de schuldeiser zichzelf nog even vlak voor het – al dan niet georkestreerde – verzoek tot insolventverklaring in een betere positie manoeuvreert.”

Uit deze passage vloeit voort dat het artikel geen betrekking heeft op wederpartijen van nieuwe overeenkomsten die niet alleen zelf betaling ontvangen, maar daartegenover ook een prestatie aan de schuldenaar verrichten. Die wederpartijen onttrekken zich immers niet aan de concursus, sterker, zij maken daar (nog) helemaal geen deel van uit. Deze notie toont temeer aan dat het kunstmatig opknippen van het samenstel van handelingen (aangaan nieuwe overeenkomst en het over en weer verrichten van daaruit voortvloeiende prestaties) tot ongerijmde uitkomsten leidt.

Daarnaast is in een dergelijk geval evenmin sprake van benadeling¹¹, ervan uit gaande dat de overeenkomst at arm's length gesloten is: de schuldenaar voldoet weliswaar een prestatie aan de wederpartij, maar ontvangt daartegenover ook een economisch gezien gelijkwaardige prestatie.

Ook om die reden komt de rechtvaardigingsgrond die de Staatscommissie van stal meent te moeten halen om te verklaren dat de bewindvoerder toch geen mogelijkheid tot vernietiging heeft, naar het oordeel van de Commissie in een dergelijk geval helemaal niet in beeld.

Het is aannemelijk dat het misverstand dat de Staatscommissie in de toelichting oproept – blijkens de kop boven het artikel gaat het over verplicht verrichte rechtshandelingen, maar in de toelichting worden vervolgens met name voorbeelden van onverplicht verrichte rechtshandelingen besproken – tot onnodige onrust bij de banken geleid heeft. Weliswaar poogt de Staatscommissie die voorziene onrust weg te nemen door in de toelichting enkele geruststellende mededelingen over de onaantastbaarheid van een niet bij voorbaat kansloze financiële herstructurering – in het kader waarvan nieuw geld tegenover nieuwe zekerheden wordt verstrekt – te doen, maar de banken zullen deze mededelingen waarschijnlijk vooral hebben opgevat als een bewijs dat als zo'n herstructurering uiteindelijk niet slaagt, deze kennelijk getoetst dient te worden aan de norm van art. 3.2.5, welk artikel nu eenmaal een verruiming ten opzichte van het huidige recht inhoudt (die *dus* ongewenst bevonden wordt). Zo stelt de Staatscommissie onder meer:

“Hetzelfde geldt voor de gevallen waarin een financier bereid blijkt om daadwerkelijk een (aanvullende) financiering tegen verstrekking van zekerheden wil verzorgen en insolventie nog niet onvermijdelijk is. Ingeval van een – op zichzelf als onverplicht aan

¹¹ Of sprake is van benadeling dient in geval van een procedure volgens vaste jurisprudentie beoordeeld te worden op het moment dat het betreffende vonnis gewezen wordt.

te merken – aanvullende financiering met bijbehorende additionele zekerheden, moet die getoetst worden aan art. 3.2.3. De onderhavige pauliana komt pas in beeld als de reddingsactie niet slaagt en een insolventverklaring volgt. Blijkt nu de financier te optimistisch te zijn geweest en bij de reddingsactie de insolventverklaring redelijkerwijze niet te hebben kunnen voorzien, dan hoeft hij niet bang te zijn voor een succesvolle actie door de bewindvoerder. Bovendien zal er in dergelijke gevallen van een benadeling van schuldeisers geen sprake zijn, indien er een proportionaliteit is en de aanvullende zekerheden niet dienen om een onderdekking voor de reeds bestaande financiering weg te nemen of een feitelijk overstand van het bestaande krediet slechts op papier wordt gesanctioneerd zonder terbeschikkingstelling van nieuw krediet.”

Het is onduidelijk wat de Staatscommissie hier precies bedoelt te zeggen. Zij stelt letterlijk dat art. 3.2.5. pas in beeld komt als de reddingsactie niet slaagt en een insolventverklaring volgt. Maar als de reddingsactie slaagt en geen insolventverklaring volgt, komt de pauliana überhaupt niet in beeld, ook niet de pauliana van art. 3.2.3. Voorts staat de opmerking van de Staatscommissie dat “ *er in dergelijke gevallen van een benadeling van schuldeisers geen sprake (zal) zijn, indien er een proportionaliteit is en de aanvullende zekerheden niet dienen om een onderdekking voor de reeds bestaande financiering weg te nemen of een feitelijk overstand van het bestaande krediet slechts op papier wordt gesanctioneerd zonder terbeschikkingstelling van nieuw krediet*” op gespannen voet met het arrest van de Hoge Raad inzake Van Dooren q.q./ABN AMRO II¹². Als immers met het nieuwe krediet slechts een selecte groep van (reeds bestaande) concurrente schuldeisers voldaan wordt, kan wel degelijk sprake zijn van benadeling van de overige schuldeisers. Zij zien immers in plaats van die voldane concurrente schuldeisers een bank met een gelijke vordering naast zich verschijnen, die echter wel gedekt is door (de nieuwe) zekerheden. De benadeling is daarmee in beginsel gegeven.

Resumerend stelt de Commissie vast dat zij zich kan vinden in de in het Voorontwerp gemaakte keuze om de bewindvoerder ruimere mogelijkheden te bieden om in het zicht van de insolventie verplicht verrichte rechtshandelingen aan te tasten; een meerderheid van de Commissie meent dat de aanknoping bij bewustzijns criterium van art. 54 Fw te ver gaat, en dat de uitbreiding beperkt moet blijven tot een subjectief wetenschaps criterium. Het verdient aanbeveling de toelichting op dit artikel voor een belangrijk deel te herschrijven, omdat die toelichting in haar huidige vorm verwarring oproept.

Art. 3.2.6, getiteld “Papier aan orde of toonder” vormt het equivalent van art. 48 Fw en is in het tweede lid qua tekst in overeenstemming gebracht met het bepaalde in art. 3.2.5.

Art. 3.2.7 gaat over de gevolgen van de vernietiging. Ten opzichte van de huidige regeling van art. 51 Fw bevat de voorgestelde bepaling enkele verbeteringen:

¹² HR 8 juli 2005, NJ 2005, 457 nt. PVS

- door de formulering van de eerste zin van lid 1 staat buiten twijfel dat niet alleen de pauliana buiten faillissement (art. 3:45 BW), maar ook de faillissementspauliana onder het beoogde nieuwe recht relatieve werking heeft: zij strekt niet verder dan nodig is ter opheffing van de door de boedel ondervonden benadeling;
- het verbod om een insolventievordering te verrekenen met hetgeen door degene jegens wie de vernietiging werkt aan de bewindvoerder moet worden afgedragen, is nu gecodificeerd; dit verbod is volstrekt logisch, maar aan een casus waarin in essentie die verrekeningsvraag (zij het in een iets gecompliceerder geval) aan de orde was, moest in 1994 niettemin de Hoge Raad te pas komen voor een finaal oordeel.¹³
- in het tweede lid is de in art. 51 lid 2, tweede zin, Fw opgenomen bescherming van de derde, die te goeder trouw om niet rechten op de terug te geven goederen heeft verkregen, terecht niet overgenomen; zoals de toelichting overtuigend uiteenzet, bestaat er geen aanleiding tot een aanvullende bescherming van deze derde buiten de bescherming die het gemene recht biedt (waarbij ten aanzien van registergoederen en rechten op naam met name gedacht kan worden aan art. 3:88 BW; ten aanzien van roerende zaken, niet-registergoederen en rechten aan toonder of order, bevat het gemene recht in art. 3:86 BW geen beschermingsregeling ten behoeve van de derde die te goeder trouw om niet heeft verkregen).

Art. 3.2.8 vormt de codificatie van de hiervoor reeds genoemde Peeters/Gatzen-vordering. In art. 3.2.9 lid 1 Voorontwerp is vervolgens bepaald dat *“rechtstvorderingen, gegrond op de artt. 3.2.1, 3.2.5 en 3.2.8, worden ingesteld door de bewindvoerder”*. Wat betreft de faillissementspauliana komt dit artikel materieel en tekstueel overeen met het huidige art. 49 lid 1 Fw. Het is jammer dat de Staatscommissie niet van de gelegenheid gebruik heeft gemaakt om de ongelukkige formulering van art. 49 lid 1 Fw te verhelderen. Strikt genomen vormt de bepaling immers een tautologie: uiteraard worden deze rechtstvorderingen door de bewindvoerder ingesteld omdat de betreffende artikelen het recht daartoe nu eenmaal slechts aan de bewindvoerder toekennen. *Bedoeld* is te zeggen dat individuele schuldeisers niet *naast* de bewindvoerder een individuele pauliana- of onrechtmatige daadsactie kunnen instellen *voor zover die rechtstvordering gegrond is op dezelfde benadeling*. Dat laatste vormt ten aanzien van de Peeters/Gatzen-actie een breuk met het huidige recht: in de arresten Sobi/Hurks II¹⁴ en Lunderstädt/De Kok I¹⁵ besliste de Hoge Raad immers dat *“de sedert 1983 in de rechtspraak aangenomen bevoegdheid van de curator om ten behoeve van door de gefailleerde benadeelde schuldeisers een vordering uit onrechtmatige daad in te stellen tegen een bij die benadeling betrokken derde, ongeacht of de curator van deze bevoegdheid gebruik maakt of niet, niet eraan in de weg (staat) dat die schuldeisers de aan hen toekomende vorderingen zelf in rechte geldend maken. Voor een andersluidend oordeel zou,*

¹³ HR 30 september 1994, NJ 1995, 626 inzake Kuijsters/Gaalman

¹⁴ HR 21 december 2001, NJ 2005, 96 m.nt. S.C.J.J. Kortmann

¹⁵ HR 21 december 2001, NJ 2005, 95 m.nt. S.C.J.J. Kortmann

mede in verband met het bepaalde in art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM een wettelijke grondslag vereist zijn.”

Art. 3.2.9 lid 1 beoogt de hier door de Hoge Raad bedoelde wettelijke grondslag te bieden.

De Commissie onderschrijft de keuze van de Staatscommissie om de actie van de bewindvoerder exclusief in de hiervoor bedoelde zin te doen zijn. Deze keuze sluit aan bij de rechtsstelsels van ons omringende landen als Duitsland en Frankrijk. Bovendien is de Commissie van oordeel dat er geen aanleiding bestaat om, zoals onder het huidige recht, in deze een onderscheid te maken tussen de faillissementspauliana enerzijds en de Peeters/Gatzen-actie anderzijds. In het arrest Kuipers q.q./Ontvanger¹⁶ overwoog de Hoge Raad dat de exclusiviteit van de actie van de curator uit hoofde van de faillissementspauliana *“berust op de gedachte dat de curator (zijn) bevoegdheden uitoefent voor de gezamenlijke schuldeisers en dat een doorkruising van die uitoefening door een individuele schuldeiser zou kunnen leiden tot gevolgen die niet voor alle schuldeisers gelijk zijn, dus tot doorbreking van de gelijkheid van de schuldeisers van de gefailleerde”*. Naar het oordeel van de Commissie gaat deze overweging m.m. evenzeer op voor de Peeters/Gatzen-actie.

In het licht van het voorgaande pleit de Commissie ervoor om de verwijzing in art. 3.2.9. naar art. 3.2.8 te schrappen en art. 3.2.8 onder te verdelen in twee leden, waarbij de thans voorgestelde tekst wordt opgenomen in lid 1 en waarbij een tweede lid wordt toegevoegd dat als volgt luidt:

“Aan een schuldeiser komt in het in het vorige lid bedoelde geval geen rechtsovereenkomst jegens een derde toe voor zover die rechtsovereenkomst gegrond is op dezelfde benadeling.”

De toevoeging van het woord “dezelfde” voor “benadeling” is essentieel omdat in geval naast zogenaamde generieke benadeling van de (gezamenlijke) schuldeisers ook sprake is van specifieke schuldeisersbenadeling (bijvoorbeeld bij overtreding van de zgn. Beklamel-norm jegens een individuele schuldeiser) die betreffende schuldeiser ook onder het nieuwe recht de bevoegdheid dient te hebben zijn schadevergoedingsvordering naast de vordering van de curator in te stellen.

Voorts meent de Commissie dat het juister is om in art. 3.2.8 in plaats van “benadeling van de schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden” te spreken over “benadeling van één of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden”. Daarmee wordt qua terminologie aangesloten bij art. 3.2.1, waarin ook gesproken wordt over “benadeling van één of meer schuldeisers”. Indachtig het feit dat het zowel bij de actio pauliana als bij de Peeters/Gatzen-actie gaat om een vordering die herstel van de boedel beoogt – waarbij in het eerste geval het redres plaatsvindt door vernietiging van de benadelende rechtshandeling en ongedaanmaking van de verrichte prestatie(s) en in het tweede geval door vergoeding van schade door de derde die op onrechtmatige wijze bij verhaalsbenadeling door de debiteur betrokken was – bestaat

¹⁶ HR 28 oktober 1988, NJ 1989, 450 m.nt. JBMV

er geen aanleiding om in deze qua toepassingsbereik een onderscheid tussen beide acties te maken.

Ten slotte verdient nog aandacht het volgende citaat uit de toelichting op art. 3.2.8:

“Naar huidig recht is niet geheel zeker of de vordering alleen kan worden ingesteld bij een vermindering van het verhaalsvermogen of ook bij een vermeerdering van het passief. Met o.a. Van Andel, preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 2006, blz. 42, en Van Schilfgaarde onder HR 16 september 2005, NJ 2006, 311 (De Bont/Bannenberg q.q.), §4, wordt er in het voorontwerp vanuit gegaan dat de vordering tot herstel van de boedel niet openstaat bij vermeerdering van het passief.”

De Commissie constateert dat de verwijzing naar het preadvies van Van Andel in deze niet op haar plaats is. Van Andel, t.a.p., heeft slechts willen betogen dat zolang een vermeerdering van het passief geen “Quotenschade” tot gevolg heeft – dat wil zeggen: zolang die vermeerdering geen verlaging van het uitkeringspercentage tot gevolg heeft omdat dat uitkeringspercentage voordien toch al nihil was – aan de curator geen Peeters/Gatzen-actie toekomt omdat de gezamenlijke schuldeisers in dat geval niet benadeeld zijn. Bij een vermeerdering van passief – en dat geldt altijd als die vermeerdering van passief optreedt in combinatie met een vermindering van actief – kan er echter zeer wel sprake zijn van “Quotenschade”. Als bijvoorbeeld actief en passief beide 200 zijn, heeft een vermeerdering van passief met 50 zonder dat daar tevens een vermeerdering van actief tegenover staat, een “Quotenschade” in termen van uitkeringspercentage van 20% tot gevolg: vóór die vermeerdering was immers het uitkeringspercentage 100% en nadien nog slechts 80%. De commissie ziet geen reden om de Peeters/Gatzen-actie te beperken tot slechts gevallen van vermindering van het verhaalsvermogen en constateert dat de beperking die de Staatscommissie in de toelichting aanbrengt ook niet in overeenstemming is met het arrest van de Hoge Raad inzake Nimox/Van den End¹⁷. In de casus die tot dat arrest leidde was sprake van een later onrechtmatig bevonden dividenduitkering aan de moederverenootschap die vervolgens was omgezet in een lening. Er had dus geen vermindering van het verhaalsvermogen plaatsgevonden, maar (slechts) een vermeerdering van het passief, bestaande in een lening ter hoogte van de vastgestelde dividenduitkering. Ook in dat geval kwam de curator een Peeters/Gatzen-vordering toe, oordeelde de Hoge Raad. Beslissend is volgens de Commissie niet of het gaat om een vermindering van actief, een vermeerdering van passief of een combinatie van beide, maar of sprake is van schade die met medewerking van een derde aan de gezamenlijke schuldeisers, als eenheid gedacht, is toegebracht. Deze benadering sluit aan bij de regeling van § 92 Insolvenzordnung, waarin de curator een met de Peeters/Gatzen-actie vergelijkbare rechtsovereenkomst wordt toegekend ten behoeve van de schuldeisers indien sprake is van “Gesamtschaden”.

Art. 3.2.10 inzake akkoord en verhaalsbenadeling komt in de plaats van het huidige art. 50 Fw. De Commissie geeft in overweging de zinsnede *“tenzij in het akkoord bepaald is dat zij*

¹⁷ HR 8 november 1991, NJ 1992, 174 m.nt. Ma

na de insolventie ten behoeve van de schuldeisers kunnen worden vervolgd of ingesteld” te schrappen. Vorderingen gebaseerd op art. 3.2.1, 3.2.5 en 3.2.8. zijn specifiek voorbehouden aan de bewindvoerder die zijn bevoegdheden in deze uitoefent onder toezicht van de rechter-commissaris. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor vorderingen uit hoofde van (het huidige) art. 2:138/248 BW. Ten aanzien van die vorderingen besliste de Hoge Raad in het arrest Den Toom/De Kreek¹⁸ dat het niet strookt met het systeem van de wet “dat een derde zich de vordering van de curator zou kunnen doen overdragen en aldus de aan de curator ter zake toekomende ruime bevoegdheid te eigen bate en los van de afwikkeling van het faillissement zou kunnen uitoefenen, waarbij ook de waarborg van toezicht door de rechter-commissaris zou ontbreken”. De Commissie is van oordeel dat hetzelfde geldt voor de in art. 3.2.10 genoemde vorderingen van de bewindvoerder en zij is dan ook van mening dat de mogelijkheid voor schuldeisers om deze vorderingen na de insolventie alsnog te vervolgen of in te stellen, niet in het akkoord voorbehouden moet kunnen worden.

Afdeling 3.4 – Wederkerige overeenkomsten

Algemeen

Afdeling 3.4 houdt een regeling in voor wederkerige overeenkomsten waarbij de schuldenaar partij is. De huidige Faillissementswet geeft daarvoor een regeling in de artt. 37 tot en met 40 voor het faillissement, de artt. 236 tot en met 239 voor de surseance en de artt. 304, 305 en 313 lid 1 (schakelbepaling) voor de schuldsaneringsregeling. In de huidige Faillissementswet komen de regelingen voor wederkerige overeenkomsten in de drie verschillende insolventieprocedures voor een belangrijk deel overeen. Tenzij anders vermeld, zal hierna worden uitgegaan van de regeling zoals die geldt voor het faillissement.

Wederkerige overeenkomsten waarbij de schuldenaar partij is, roepen in het algemeen geen bijzondere problemen op indien deze door beide partijen of door een van beide partijen geheel zijn nagekomen. Bij een overeenkomst die geheel is nagekomen spreekt dit voor zich. Bij een dergelijke overeenkomst behoeven immers geen verplichtingen meer te worden afgewikkeld. Is de overeenkomst geheel nagekomen door de schuldenaar maar nog niet door zijn wederpartij, dan zal bij insolventie van die schuldenaar de bewindvoerder nakoming van de wederpartij kunnen vorderen. Heeft daarentegen slechts die wederpartij volledig aan haar verplichtingen voldaan, dan zal haar aanspraak op de schuldenaar voor zover deze nog niet is voldaan, bij de bewindvoerder ter verificatie kunnen worden ingediend. Moeilijker ligt het in het geval de overeenkomst niet geheel is afgewikkeld en er aan beide zijden nog verplichtingen (huidige of toekomstige) openstaan. De vraag rijst dan hoe deze bij insolventie van de schuldenaar moeten worden afgewikkeld.

Insolventie van een van de partijen bij een wederkerige overeenkomst heeft in beginsel geen gevolgen voor de inhoud van de overeenkomst en de rechten en verplichtingen van de partijen daarbij. De wederpartij van de schuldenaar zal echter als gevolg van de insolventie haar rechten nog slechts kunnen uitoefenen door aanmelding ter verificatie (vgl. art. 26 Fw.;

¹⁸ HR 7 september 1990, NJ 1991,52

art. 3.5.10 lid 1 Voorontwerp). Een vordering tot nakoming van de bewindvoerder zal veelal afstuiten op een beroep op een van de excepties van de artt. 6:262 en 263 BW (respectievelijk de exceptio non adimpleti contractus en de onzekerheidsexceptie).

In een aantal gevallen heeft de insolventie van een van de partijen echter wel degelijk invloed op de inhoud van de rechten en verplichtingen van partijen. Zo kan de schuldenaar geen tijdsbepaling als bedoeld in art. 6:39 BW meer invoeren (zie art. 6:40 sub a BW) en zal in een aantal gevallen de overeenkomst als gevolg van insolventie van een der partijen eindigen (vgl. bijvoorbeeld art. 7:422 BW voor lastgeving en art. 7A:1683 BW voor de maatschap). Verder bevatten veel overeenkomsten regelingen die in geval van insolventie van een der partijen tot een wijziging van rechtsposities leiden of kunnen leiden.

De vraag die hier gesteld moet worden is of de bijzondere situatie die door de insolventie van een van de partijen van een overeenkomst intreedt, om een afwijkende regeling vraagt waarin het Voorontwerp zou moeten voorzien. Deze vraag dient naar de mening van de Commissie in bevestigende zin te worden beantwoord. Hiervoor zijn verschillende redenen aan te voeren:

- (1) Het is van belang dat bij insolventie van een van de partijen op korte termijn duidelijkheid bestaat over de wijze waarop de overeenkomst zal worden afgewikkeld;
- (2) Voor de afwikkeling van de insolventie kan het van (groot) belang zijn dat de overeenkomst niet wordt beëindigd en dat de wederpartij haar verplichtingen daaruit nakomt, waarbij het beroep op opschortingrechten wordt beperkt, en
- (3) Bij bepaalde overeenkomsten dienen er voorzieningen te worden getroffen om de wederpartij van de schuldenaar te beschermen.

De Commissie realiseert zich overigens dat bij elke genoemde reden wel kanttekeningen te plaatsen zijn. Zo kan bij de eerstgenoemde reden worden opgemerkt dat het ook buiten insolventie van een van de partijen bij de overeenkomst veelal van belang zal zijn dat er snel duidelijkheid wordt verkregen. Bij de tweede reden kan de vraag worden gesteld of er wel voldoende rechtvaardiging bestaat voor aantasting van de rechtspositie van de wederpartij van een schuldenaar die in staat van insolventie verkeert. Bij de derde reden tenslotte rijzen twee vragen. De eerste is of de ruimte niet erg beperkt is om aan gerechtvaardigde en zwaarwegende belangen van wederpartijen in relevante mate tegemoet te kunnen komen. Het belang van de wederpartij zal in de regel gelegen zijn in haar aanspraak op de schuldenaar¹⁹. Bij insolventie van de schuldenaar zal deze aanspraak echter nu juist veelal niet of slechts zeer gedeeltelijk, kunnen worden gehonoreerd. Bovendien zou het meer dan evenredig honoreren van deze aanspraak ten koste gaan van de andere schuldeisers. Meer voor de hand ligt het daarom kwetsbare wederpartijen op andere wijze tegemoet te komen zoals dat bij werknemers gebeurd is door middel van de zogenaamde Loongarantieregeling

¹⁹ Een in het oog springende uitzondering is uiteraard art. 7:663 BW voor de arbeidsovereenkomst, op grond van welke bepaling de rechten en verplichtingen uit een arbeidsovereenkomst bij overgang van de onderneming van rechtswege overgaan op de verkrijger daarvan. De toepassing van deze bepaling is echter nu juist in insolventie uitgesloten. Zie art. 7:666 lid 1 BW.

die door de UWV wordt uitgevoerd²⁰. De tweede vraag die kan worden gesteld is, of bijzondere regels als hier bedoeld wel in het Voorontwerp thuishoren. Het gaat hier om regels die zich toespitsen op de positie van een of meer partijen bij een specifieke en (veelal) benoemde overeenkomst. Zeer wel verdedigbaar zou zijn die regels onderdeel te laten zijn van de wettelijke regeling van de desbetreffende overeenkomst²¹.

Ook met deze kanttekeningen meent de Commissie dat er nog voldoende grond is voor een regeling in het Voorontwerp. Door de centrale rol die de deskundige bewindvoerder bij de insolventie speelt en het onafhankelijke toezicht van de rechter-commissaris, kan een meer "sophisticated" regeling worden getroffen. Bovendien krijgt de rechtspositie van de partijen bij een overeenkomst een extra dimensie in geval van insolventie van een van hen. Aan de zijde van de schuldenaar krijgen de belangen van de schuldeisers een centrale rol. Ook de rechtspositie van de wederpartij wordt in zekere mate door de insolventie beïnvloed. De wederpartij staat als schuldeiser immers in een door redelijkheid en billijkheid beheerste (rechts)verhouding met de andere schuldeisers. Zet men eenmaal de stap dat in het Voorontwerp een regeling voor wederkerige overeenkomsten wordt opgenomen, dan is alleszins verdedigbaar daarin ook bepalingen op te nemen die zien op een of meer bijzondere overeenkomsten.

De Commissie merkt tenslotte op dat art. 38 Fw (goederentermijncontracten) niet terugkeert in het Voorontwerp. Een toelichting voor het schrappen van deze bepaling ontbreekt. Naar het oordeel van de Commissie bestaat onverminderd behoefte aan een bepaling als art 38 Fw. Een oplossing als thans opgenomen in art. 37 Fw en zoals nu voorgesteld in afdeling 3.4 voldoet niet bij (doorgaans internationale) goederentermijncontracten. Naar de aard van dergelijke overeenkomsten is geen redelijk antwoord te geven op de vraag of het in het belang is van de boedel om bepaalde termijncontracten wel of niet na te komen, omdat de goederen een steeds verschillende (intra)dagwaarde hebben. Termijncontracten worden veelal in ketens gesloten en sterke disruptie zou kunnen ontstaan als in een Nederlandse insolventie onzekerheid zou bestaan over de vraag of contracten wel of niet ontbonden worden en wanneer. Bij termijncontracten wordt de schade gefixeerd op het moment van de wanprestatie. Van een bewindvoerder mag niet worden verlangd dat hij gaat speculeren op de waarde van goederentermijncontracten. Ook zou het in de ogen van de Commissie uiterst bezwaarlijk zijn om in verband met termijncontracten zekerheid te stellen: dit zal meestal zowel aan koop- als aan verkoopkant dienen te geschieden, en aan beide kanten is de waarde onzeker. Tenslotte is in talrijke (standaard) internationale handelskoopovereenkomsten een insolventie een ontbindende voorwaarde, respectievelijk een grond tot onmiddellijke ontbinding. Nederland zou daarbij niet uit de pas moeten lopen gegeven het belang van de handel voor ons land. De Commissie wijst erop dat tegenwoordig de termijnhandel zich uitstrekt tot steeds meer goederen, en niet allen meer tot "waren" zoals bedoeld in art. 38 Fw; te denken valt aan elektriciteit en emissiehandel. Een nieuwe bepaling

²⁰ Artt. 61 t/m 68 Werkloosheidswet.

²¹ Zoals dat in feite ook gebeurd is bij de eerder in de tekst genoemde artt. 7:422 BW en 7A:1683 BW (beëindiging van de overeenkomst van lastgeving resp. maatschap in geval van insolventie van een van de partijen).

zou kunnen inhouden dat de regel van art. 38 Fw wordt toegepast in geval van termijncontracten van alle goederen (dus “waren” of zaken en rechten) die ter beurse worden verhandeld, tenzij partijen in plaats van ontbinding door een insolventie in de overeenkomst hebben opgenomen dat een insolventie aan (een der) partijen het recht op ontbinding geeft. Art. 3.4.2 lid 4 zou niet van toepassing moeten zijn op goederentermijncontracten.

Art. 3.4.1 – Algemeen

Deze bepaling ziet op de hiervoor genoemde wederkerige overeenkomst die ten tijde van de insolventieverklaring zowel door de schuldenaar als door de wederpartij niet (geheel) is nagekomen. In lid 1 van deze bepaling wordt de bewindvoerder een keuze gegeven: hij kan ervoor kiezen de overeenkomst wel of niet gestand te doen. Tot deze keuze kan hij door de wederpartij worden gedwongen. De bewindvoerder zal binnen redelijke termijn desgevraagd aan de wederpartij moeten laten weten of hij de overeenkomst al dan niet gestand doet. Verklaart hij de overeenkomst gestand te doen, dan vormen de uit de overeenkomst voortvloeiende vorderingen boedelschuld. Dat geldt ook voor vorderingen die reeds vóór de insolventieverklaring waren ontstaan²². Dit lijkt terecht, aangezien de wederpartij zich bij het ontbreken van deze regeling op het opschortingsrecht van art. 6: 262 BW zou hebben kunnen beroepen zolang deze vorderingen niet geheel zouden zijn voldaan.

Verklaart de bewindvoerder de overeenkomst gestand te doen, dan kan volgens lid 2 de rechter-commissaris op verzoek van de wederpartij bepalen dat de bewindvoerder verplicht is zekerheid te stellen. Dergelijke zekerheid is op haar plaats indien er gerede twijfel bestaat of de boedel wel aan zijn verplichtingen jegens de wederpartij kan voldoen. Bestaat die twijfel echter niet, dan is zekerheid overbodig. Het Voorontwerp is op dit punt een verbetering ten opzichte van de huidige regeling, die *in alle gevallen* het stellen van zekerheid voorschrijft²³.

Indien de bewindvoerder ervoor kiest de overeenkomst niet gestand te doen, zich niet binnen redelijke termijn na een verzoek van de wederpartij uitspreekt of niet binnen een redelijke termijn een vastgestelde zekerheid stelt, verliest hij volgens lid 3 van de bepaling het recht nakoming van de overeenkomst te vorderen. De overeenkomst blijft echter wel in stand, tenzij de wederpartij op enig moment mocht besluiten tot ontbinding daarvan over te gaan. De vraag rijst wat de zin is om de wederpartij de mogelijkheid te geven de overeenkomst in feite onbeperkt te laten voortbestaan. Op de nadelige effecten daarvan heeft onder meer Verstijlen gewezen²⁴. De bezwaren van dit voortbestaan van de overeenkomst hebben ontwerpers voor een belangrijk deel weggenomen door in het vierde lid te bepalen dat de

²² Zie art. 5.1.1 lid 1 sub b Voorontwerp en de toelichting op blz. 232.

²³ Zie art. 37 lid 2 Fw.

²⁴ Zie F.M.J. Verstijlen, "De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement", in: W.J.M. van Andel & F.M.J. Verstijlen, "Materieel faillissementsrecht: De Peeters / Gatzen-vordering en de overeenkomst binnen faillissement", Preadviezen 2006, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2006, pag. 109 e.v.

vordering tot nakoming van de wederpartij niet hoger zal zijn de schadevergoeding waarop zij aanspraak zou hebben indien zij de overeenkomst zou hebben ontbonden. De vraag rijst dan echter waarom de overeenkomst nog zou moeten voortbestaan. Het meest voor de hand ligt om in het geval de bewindvoerder zich niet (tijdig) tot nakoming bereid verklaart, daaraan ontbinding van de overeenkomst als consequentie te verbinden. In feite zou daarmee worden teruggekeerd naar het recht van vóór 1 januari 1992 toen art. 37 lid 1 Fw. dit ook aldus bepaalde.

Aandacht verdient verder nog dat volgens het derde lid, aanhef en sub c, de bewindvoerder van de wederpartij geen nakoming van de overeenkomst kan vorderen indien hij de verlangde zekerheid niet binnen redelijke termijn stelt. Met "verlangde" zekerheid zal waarschijnlijk bedoeld zijn de door de rechter-commissaris op grond van het tweede lid *bepaalde* zekerheid. Het verdient overweging om dan ook in het derde lid niet te spreken van "verlangde zekerheid" maar van "door de rechter-commissaris bepaalde zekerheid". Zoals hierboven opgemerkt, zal de rechter-commissaris op grond van lid 2 desverzocht bepalen dat zekerheid moet worden gesteld indien er gerede twijfel kan bestaan of de boedel de verplichtingen jegens de wederpartij geheel kan nakomen. De Commissie meent dan ook dat in een dergelijk geval door de wederpartij een beroep kan worden gedaan op de onzekerheidsexceptie van art. 6:263 BW zolang geen zekerheid is gesteld.

Artikel 3.4.2 – Beperking, opschorting en beëindiging door wederpartij"

Deze bepaling beperkt de opschortings- en beëindigingsbevoegdheid van de wederpartij gedurende de afkoelingsperiode en deels ook daarna. Het gaat daarbij om overeenkomsten tot het geregeld ter beschikking stellen van goederen of verlenen van diensten, benodigd voor (a) het voortzetten van een door de schuldenaar gedreven onderneming of (b) de eerste levensbehoeften van een natuurlijk persoon. In het eerste geval (geval (a)) gaat het er om de bewindvoerder de gelegenheid te geven om in de hectiek van de eerste dagen van de insolventie te onderzoeken of er een reële kans op een doorstart bestaat. De beperking in dit geval bestaat dan ook alleen gedurende de afkoelingsperiode. De beperking van de opschortings- en beëindigingsbevoegdheid ten aanzien van overeenkomsten ten behoeve van de eerste levensbehoeften van een natuurlijk persoon (geval (b)) ligt voor de hand en geldt gedurende de gehele insolventieperiode.

De beperking bestaat daaruit dat opschorting of beëindiging niet is toegestaan wegens het niet nakomen door de schuldenaar van een voor de insolventverklaring ontstane verbintenis tot betaling van een geldbedrag. Ook blijven bepalingen buiten toepassing die de strekking hebben de overeenkomst wegens insolventie te doen eindigen. Indien een overeenkomst op grond van een dergelijke bepaling binnen één maand voor het verzoek tot insolventverklaring is geëindigd, kan de bewindvoerder de overeenkomst zelfs alsnog doen voortzetten.

Bij Algemene Maatregel van Bestuur kan een gedeelte van de bepaling voor een bepaalde overeenkomst worden uitgesloten. Ook kan de rechter-commissaris op verzoek van de wederpartij delen van de bepaling buiten toepassing verklaren, indien toepassing daarvan voor haar tot onevenredig nadeel zou leiden.

Kredietovereenkomsten zijn geheel van toepassing uitgesloten.

De regeling wijkt in aanmerkelijke mate af van wat thans geldt op basis van art. 37b Fw. Zij gaat ver, maar lijkt niettemin aanvaardbaar. Voor wat betreft de eerste levensbehoefte van de natuurlijke persoon is duidelijk dat de voorziening daarvan zwaarder weegt dan het belang van de wederpartij om vorderingen die dateren van vóór de insolventverklaring voldaan te krijgen. Voor wat betreft de levering van goederen en diensten, nodig voor het voortzetten van en door de schuldenaar gedreven onderneming, is de inbreuk op de opschortings- en beëindigingsbevoegdheid van de wederpartij beperkt tot de duur van de afkoelingsperiode (maximaal drie maanden) en om die reden aanvaardbaar. Aan het belang van de boedel om op een ordentelijke wijze tot afwikkeling te kunnen overgaan, dient meer gewicht te worden toegekend. Een minderheid van de Commissie laat dit belang zo zwaar wegen dat in de ogen van die minderheid een voortduren van deze inbreuk ook na afloop van de afkoelingsperiode gerechtvaardigd is. Los daarvan meent de Commissie dat de wederpartij er steeds van uit moet kunnen gaan dat de door haar na insolventverklaring geleverde goederen en diensten volledig worden voldaan. Daarvoor is niet zonder meer voldoende dat haar vorderingen terzake van deze leveringen kwalificeren als boedelvorderingen. Het is thans zo dat in de meeste faillissementen onvoldoende middelen zijn om alle boedelvorderingen geheel te kunnen voldoen.²⁵ De vraag is of dit onder de regeling van het Voorontwerp wezenlijk anders zal zijn, ondanks dat er in het Voorontwerp naar gestreefd wordt het aantal en de omvang van de boedelvorderingen terug te brengen. De wederpartij moet dan ook de mogelijkheid hebben om, in het geval onvoldoende duidelijk is dat hetgeen haar terzake van haar leveringen ná insolventverklaring verschuldigd is zal worden betaald, een beroep te doen op de onzekerheidsexceptie van art. 6:263 BW. De toelichting bij het Voorontwerp²⁶ vermeldt dat de wederpartij geen beroep kan doen op art. 6:263 BW. Aangenomen moet echter worden dat het hier een verschrijving betreft, en dat bedoeld wordt: art. 6:262 BW, en dan slechts voor zover het betreft vorderingen die dateren van vóór de insolventverklaring.

De uitsluiting van kredietovereenkomsten bij deze beperking van de opschortings- en beëindigingsbevoegdheid kan vragen oproepen maar is op zich wel begrijpelijk. Nu het hier gaat om een schuldenaar die insolvent is verklaard, zal een wederpartij in beginsel een beroep kunnen doen op de onzekerheidsexceptie van art. 6:263 BW, tenzij duidelijk is dat haar boedelvordering geheel zal kunnen worden voldaan. Die duidelijkheid is veel gemakkelijker te verkrijgen in gevallen waarbij de regel geldt van "boter bij de vis". Zonodig kan die duidelijkheid ook worden verschaft doordat de boedel een vooruitbetaling aan de wederpartij verricht. Bij kredietovereenkomsten ligt dit wezenlijk anders. De mogelijkheid van vooruitbetaling bestaat hier uiteraard al niet. Verder gaat het bij kredietovereenkomsten om

²⁵ Zie G. van Dijck, R.D. Vriesendorp, D.C.M.H. Vielvoye en N. Rachid, "Lege boedels: code rood of vals alarm? Een verkennende empirische studie naar Bredase ervaringen met lege boedels", Tvl 2008, nr 33 (blz. 210 e.v.). Deze onderzoekers melden dat in ca. 70% van de faillissementen zelfs niet voldoende boedelactief aanwezig is om het salaris van de curator geheel te voldoen. De salarisaanspraak van de curator dient als eerste uit het boedelactief te worden voldaan.

²⁶ Zie blz. 239 daarvan.

een (terug)betalingsverplichting na enige tijd. Juist in de beginfase van een insolventie is vaak buitengewoon lastig te voorspellen hoe de financiële situatie van de boedel zich zal ontwikkelen. Ook zekerheden bieden vaak geen soelaas, omdat deze in veel gevallen niet of slechts in zeer beperkte mate beschikbaar zijn en voor zover beschikbaar, de executiewaarde daarvan hoogst onzeker is.

Art. 3.4.1 van het Voorontwerp heeft een werking die in zekere zin met het opschortingsrecht van art. 6:262 BW vergelijkbaar is. Indien de bewindvoerder wenst dat de wederpartij aan de overeenkomst uitvoering geeft, kan hij door die wederpartij gedwongen worden te verklaren de overeenkomst ook van zijn zijde gestand te doen. Niet alleen leidt een dergelijke verklaring tot een verheffing van alle vorderingen van de wederpartij onder de betreffende overeenkomst tot boedelvorderingen, maar ook mogelijk tot de verplichting zekerheid te stellen. Hierom zal art. 3.4.2 van het Voorontwerp niet alleen de opschortingsbevoegdheid van art. 6:262 BW moeten beperken, maar ook de bevoegdheid van de wederpartij een beroep te doen op art. 3.4.1 van het Voorontwerp. Daartoe zou bijvoorbeeld kunnen worden bepaald dat de bewindvoerder niet kan worden verplicht om gedurende de afkoelingsperiode een verklaring af te leggen als bedoeld in art. 3.4.1 lid 1 ten aanzien van overeenkomsten als bedoeld in art. 3.4.2 lid 1, 1^e zin sub a. Verder dient de toepassing van art. 3.4.1 geheel te worden uitgesloten ten aanzien van overeenkomsten als bedoeld in art. 3.4.2 lid 1, 1^e zin sub b.

Artikel 3.4.3 – Arbeidsovereenkomst

Gelet op de kwetsbare positie van de werknemer, verdient zijn positie in geval van insolventie van de werkgever naar de mening van de Commissie inderdaad bijzondere aandacht. Daarbij spelen vier elementen een rol:

- (1) de voortzetting van de arbeidsovereenkomst en het verschaffen van werk door de werkgever;
- (2) de overgang van de onderneming van de werkgever en de gevolgen daarvan voor de werknemer;
- (3) het verrichten van arbeid door de werknemer, en
- (4) zijn aanspraak op loon en schadevergoeding als gevolg van verlies van zijn arbeidsrelatie.

Veelal zal in geval van insolventie het vermogen van de schuldenaar worden geliquideerd. Daarbij valt de behoefte voor de werkgever aan de arbeidsprestatie van de werknemer weg. De werknemer kan nog wel belang hebben bij voortzetting van de arbeidsovereenkomst indien de onderneming door een andere partij wordt voortgezet en deze in de positie van de insolvent verklaarde werkgever zou treden. Een dergelijke overgang van de arbeidsovereenkomst wordt echter door art. 7: 666 lid 1 BW uitgesloten. Daarvoor bestaan naar de mening van de Commissie overigens goede redenen. Wat overblijft is het (financiële) belang van de werknemer bij betaling van de loonverplichtingen door de

werkgever, en bij een vergoeding voor zijn verlies aan inkomen door het (feitelijk) eindigen van de arbeidsovereenkomst. Verder heeft de werknemer er uiteraard belang bij dat in geval van insolventie van de werkgever, zo snel mogelijk duidelijkheid bestaat over zijn positie en dat zijn financiële aanspraken zo spoedig mogelijk worden afgewikkeld.

Het faillissementsrecht kan wel een regeling geven voor de hoogte van de loon- en vergoedingsaanspraken van de werknemer bij insolventie van de werkgever, en voor de rangorde die aan deze vorderingen wordt toegekend, maar kan niet de zekerheid bieden dat deze vorderingen ook worden betaald. Hoewel het streven van de schrijvers van het Voorontwerp is om het aantal en de omvang van de boedelvorderingen terug te dringen²⁷, moet er ernstig rekening gehouden worden met de mogelijkheid dat loon- en vergoedingsvorderingen als hier bedoeld, ook wanneer daaraan een hoge rang zou worden toegekend, niet of niet volledig zullen kunnen worden betaald.²⁸ Om in ieder geval de loonbetaling te waarborgen over de periode vóór de insolventieverklaring en over een korte periode daarna, is in de Werkeloosheidswet de Loongarantieregeling opgenomen. In het huidige recht wordt de rechtspositie van de werknemer van een insolvent verklaarde werkgever in de praktijk geheel door deze Loongarantieregeling bepaald. Voor zover zijn vorderingen op de werkgever niet door deze garantieregeling worden gedekt, zullen zij in veruit de meeste gevallen niet, althans niet geheel, uit de boedel kunnen worden voldaan.

Gelet op het voorgaande kan de vraag worden gesteld of het wel zinvol is om, zoals in het Voorontwerp gebeurt, de financiële aanspraken van de werknemer bij insolventie van de werkgever in vergelijking met het huidige recht te vergroten. Op grond van art. 40 lid 1 van de Fw. kan de curator de arbeidsovereenkomst in ieder geval op een termijn van 6 weken opzeggen, in beginsel zonder dat de werknemer daarbij enige aanspraak op schadevergoeding toekomt. In het Voorontwerp vervalt deze mogelijkheid en zal de bewindvoerder dezelfde termijnen in acht moeten nemen als die buiten insolventie van de werkgever gelden en behoudt de werknemer zijn aanspraken op schadevergoeding. Dit zal veelal tot een aanmerkelijk hogere aanspraak van de werknemer leiden. Zijn loonvordering over de periode na insolventieverklaring van de werkgever kan oplopen tot vier maanden of zelfs meer (art. 7:672 leden 2 en 5 BW). De aanspraak op schadevergoeding is veelal substantieel. De Loongarantieregeling geeft geen dekking voor de aanspraak op schadevergoeding. De aanspraak op loonbetaling over de opzegtermijn wordt op dit moment wel gedekt (art. 64 lid 1 sub b WW), maar de vraag is reëel of deze dekking wel onverminderd kan blijven voortbestaan in het geval de opzegtermijn aanmerkelijk langer wordt en de loonaanspraak daarmee substantieel hoger. De Commissie meent dat een vergroting van de aanspraken van een werknemer alleen dan wenselijk is, wanneer deze geheel door de Loongarantieregeling of op andere wijze worden afgedekt. Wanneer niet aan deze voorwaarde is voldaan zal de werknemer met een vergroting van zijn aanspraken meestal weinig opschieten, omdat zijn hogere vordering veelal grotendeels onbetaald zal blijven. Daarbij is verder nog van belang dat de werknemer nauwer bij de afwikkeling van de insolventie wordt betrokken dan onder de huidige regeling het geval is. Hij zal zijn vordering

²⁷ Zie toelichting bij Voorontwerp, blz. 151.

²⁸ Verwezen zij naar de opmerking hierboven in noot 7.

immers bij de bewindvoerder moeten indienen. Vervolgens zal de vordering moeten worden geverifieerd en uiteindelijk, veelal na lange tijd, zal mogelijk een uitkering plaatsvinden. Het risico bestaat dat door het toekennen van een (substantiële) vordering die niet door de Loongarantieregeling wordt gedekt, bij de werknemer verwachtingen worden gewekt die niet worden waargemaakt.

Een opvallende wijziging ten opzichte van het huidige recht is dat de aanspraak op loon over de periode na insolventverklaring van de werkgever niet meer zonder meer kwalificeert als boedelvordering. Volgens het Voorontwerp geldt dat alleen nog voor loon terzake van arbeid "die met instemming van de bewindvoerder is verricht". Vgl. art. 5.1.1 lid 2 sub f. De toelichting²⁹ gaat ervan uit dat de loonvordering na insolventverklaring overigens kwalificeert als insolventievordering. Gelet op de (huidige) tekst van art. 5.2.1 is dat niet geheel duidelijk. Afgezien daarvan is het ook hier de vraag of de nieuwe regeling een verbetering vormt ten opzichte van de thans geldende. Enerzijds wordt hiermee inderdaad de omvang van de boedelvorderingen teruggedrongen, anderzijds wordt echter de afwikkeling van een insolventie bemoeilijkt. Betrokkenen (bewindvoerder enerzijds en UWV en werknemer anderzijds) zullen zich steeds de vraag moeten stellen of en zo ja in hoeverre, de loonvordering kwalificeert als boedelvordering. Is sprake van een boedelvordering, dan zal deze afzonderlijk moeten worden berekend en ook afzonderlijk moeten worden afgerekend. Verder zal niet in alle gevallen duidelijk zijn of en zo ja welke werkzaamheden "met instemming van de bewindvoerder (zijn) verricht" en daardoor als boedelvordering kwalificeren. De nieuwe regeling kan dan ook in de praktijk tot onduidelijkheden en discussies leiden.

In de toelichting³⁰ wordt opgemerkt dat evenals in het huidige recht het geval is, de opzegverboden van de artt. 7:670 en 670a BW niet van toepassing zijn bij opzegging tijdens de insolventie. Door Schaink³¹ worden hierbij terecht vraagtekens geplaatst. Verwezen zij naar zijn opmerkingen hierover. Overweging verdient de toepassing van deze ontslagverboden tijdens de insolventie van de werkgever uitdrukkelijk uit te sluiten.

Al met al luidt de conclusie van de Commissie dat de regeling die thans geldt voor arbeidsovereenkomsten tijdens faillissement, zoals neergelegd in art. 40 Fw., de voorkeur verdient boven de regeling in het Voorontwerp. De huidige regeling laat zich goed en eenvoudig toepassen en schept voor alle betrokkenen snel duidelijkheid. Bestaat de mening dat de werknemer meer bescherming verdient dan hem door de huidige regeling wordt geboden, dan zullen ook in dat geval zijn aanspraken volledig moeten worden gedekt door de Loongarantieregeling. Een aanpassing van alleen de insolventieregeling biedt de werknemer geen reële bescherming en leidt tot onzekerheid en complicaties. Zoals hiervoor opgemerkt is het om verschillende redenen beter de werknemer geen ongedekte aanspraken op zijn insolvente werkgever toe te kennen. Hierdoor is er ook geen grond om

²⁹ Zie blz. 241 en 242.

³⁰ Zie blz. 242 daarvan.

³¹ Mr. P.R.W. Schaink, "De positie van werknemers in het Voorontwerp Insolventiewet: nog niet perfect geregeld", Tvl 2008, nr. 18, blz. 120.

de loonvordering van de werknemer als boedelvordering te kwalificeren. De rechtvaardiging daarvoor is immers dat van de werknemer niet kan worden verlangd dat hij de insolventieprocedure moet afwachten alvorens zijn loonvordering wordt voldaan. Een uitzondering zal hierbij moeten worden gemaakt voor werknemers die geen aanspraak kunnen maken op de Loongarantieregeling. Denk daarbij bijvoorbeeld aan werknemers die in het buitenland werkzaam zijn.

De opmerking in de toelichting³² dat een nieuwe regeling zich minder leent voor misbruik in de vorm van georkestreerde liquidaties, lijkt op zijn minst betwistbaar. In de toelichting wordt verwezen naar een uitspraak van de rechtbank Breda van 12 november 2002³³. Afgezien van het feit dat in de zaak waarover de rechtbank oordeelde niet vaststond dat sprake was van een "georkestreerde liquidatie", valt niet in te zien waarom de werknemers in die zaak onder de regeling van het Voorontwerp niet precies hetzelfde zou hebben kunnen overkomen. Door de financiële aanspraken van werknemers in insolventies te verhogen, wordt geen misbruik van die insolventies voorkomen. Daarvoor zijn andere middelen beschikbaar.

Artikel 3.4.4 – Concurrentiebeding

Volgens deze bepaling is de werknemer na beëindiging van de arbeidsovereenkomst tijdens de insolventie niet gebonden aan een concurrentiebeding. Op grond van zwaarwegende belangen kan de rechter-commissaris op verzoek van de bewindvoerder echter anders bepalen en daarbij voorwaarden stellen. Het huidige recht kent een dergelijke bepaling niet. Het is terecht dat hier een regeling wordt getroffen. Zeker gelet op de mogelijkheid van uitzonderingen, lijkt de regeling evenwichtig.

Artikel 3.4.5 – Agenturenovereenkomst

Geen opmerkingen.

Artikel 3.4.6 – Huurovereenkomst

Het huidige recht geeft in art. 39 Fw. de curator van een huurder de mogelijkheid de huurovereenkomst op een termijn van ten hoogste 3 maanden op te zeggen. Daartegenover staat dat de huur vanaf de datum van het faillissement als boedelschuld wordt aangemerkt. In de regeling van het Voorontwerp vervalt deze bijzondere opzeggingsbevoegdheid, en is de huurvordering ook niet langer boedelschuld. In plaats daarvan geldt voor een huurovereenkomst de algemene regeling voor wederkerige overeenkomsten van art. 3.4.1. Wel bevat het Voorontwerp enkele bijzondere regels. Deze geven op zich geen aanleiding tot het maken van opmerkingen. Voorts kan een enkele kanttekening worden geplaatst bij de toelichting bij het artikel. Op blz. 246 van de toelichting wordt namelijk opgemerkt dat de vordering van de verhuurder als boedelvordering kan worden aangemerkt in het geval waarin de bewindvoerder het gehuurde nog enige tijd wenst te gebruiken. Daarbij wordt verwezen

³² blz. 242.

³³ JOR 2003/179.

naar art. 5.1.1 lid 2 onder e van het Voorontwerp. Bij deze laatste bepaling gaat het om "vorderingen die voortvloeien uit het gebruik of verbruik van een goed door de bewindvoerder". Daarvan is hier echter geen sprake. De vorderingen waar het hier om gaat, vloeien immers voort uit huurovereenkomsten die door de schuldenaar vóór zijn insolventverklaring zijn aangegaan. Mogelijk is wel sprake van een boedelvordering op grond van het bepaalde in art. 5.1.1 lid 2 onder k van het Voorontwerp.

Artikel 3.4.6a – Pachtovereenkomst

Geen opmerkingen.

Artikel 3.4.7 – Andere overeenkomsten die slechts door de rechter kunnen worden ontbonden

Geen opmerkingen.

Artikel 3.4.8 – Ontbinding met het oog op voortzetting van de onderneming na afloop van de insolventie

Deze bepaling ziet op een insolventie waarin het vermogen van de schuldenaar niet wordt geliquideerd en hij zijn onderneming na afloop van de insolventie voortzet. Bij insolventie is het mogelijk om door middel van betaling of, wat meer voor de hand ligt, een akkoord, de schuldenpositie van de schuldenaar aanmerkelijk te verbeteren. De huidige regeling biedt echter niet de mogelijkheid om ook gericht de contractpositie van een schuldenaar te saneren. Wel zullen wederpartijen veelal de mogelijkheid hebben lopende contracten te beëindigen. Zij zullen dat echter alleen doen wanneer dat in hun belang is. De schuldenaar en zijn bewindvoerder missen de mogelijkheid om bezwaarlijke contracten te beëindigen of te wijzigen buiten het normale contractenrecht om. Het Voorontwerp geeft de schuldenaar nu wel deze mogelijkheid. Daar is zeker wel wat voor te zeggen. Het gaat hier echter om een inbreuk op de contractsvrijheid van de wederpartij. Zoals onder meer blijkt uit de artt. 6:248 lid 2 en 258 lid 1 BW, is hier grote terughoudendheid op zijn plaats. Alleen onder zeer bijzondere omstandigheden zal een ingreep in de rechtsverhouding tussen de schuldenaar en zijn wederpartij kunnen plaatsvinden. Het feit dat ontbinding of wijziging van de overeenkomst noodzakelijk is om de schuldenaar in staat te stellen zijn onderneming na afloop van de insolventie voort te zetten, is zonder meer niet voldoende rechtvaardiging voor een dergelijke ingreep. Het belang van de schuldenaar zijn onderneming te kunnen voortzetten weegt in het algemeen niet zo zwaar dat het belang van de wederpartij hiervoor zou moeten wijken. De positie van een wederpartij laat zich in zekere zin vergelijken met die van een schuldeiser. Ook het belang van de schuldeiser staat tegenover dat van de schuldenaar. De schuldenaar wil van zijn schulden af om verder te kunnen, terwijl de schuldeiser betaald wil worden. Ook daar geldt dat schuldeisers soms gedwongen kunnen worden een stap terug te doen. Dat geldt bijvoorbeeld wanneer zij gedwongen worden een akkoord te aanvaarden. Art. 6.2.11 van het Voorontwerp geeft de rechter-commissaris de mogelijkheid om een door de schuldenaar aangeboden maar door de schuldeisers verworpen akkoord aan die schuldeisers op te leggen, indien (onder meer) "de verwerping

van het akkoord het gevolg is van het tegenstemmen van één of meer schuldeisers die in redelijkheid niet tot dit stemgedrag hebben kunnen komen, gelet op alle omstandigheden en in het bijzonder het percentage dat die schuldeisers naar verwachting op hun vordering ontvangen, indien de boedel zou worden vereffend". In feite gaat het daarbij om gevallen waarbij de betrokken schuldeiser(s) geen redelijk belang heeft/hebben bij niet aanvaarding van dat akkoord.

Niet valt in te zien waarom in het onderhavige geval niet een vergelijkbare maatstaf zou moeten worden gehanteerd. De positie van een schuldeiser van een insolventievordering verschilt immers niet principieel van die van een wederpartij van een met de schuldenaar vóór diens insolventverklaring gesloten overeenkomst.

Aldus beschouwd, zou toepassing van de bepaling met name in die gevallen gerechtvaardigd zijn waarin duidelijk is dat de schuldenaar na afloop van de insolventie toch niet in staat zal zijn de overeenkomst na te komen. Op grond van de bepaling kan de overeenkomst in dat geval op initiatief van de schuldenaar worden ontbonden. Op grond van het 3^e lid kan de wederpartij een insolventievordering tot schadevergoeding bij de bewindvoerder indienen.

De bepaling geeft verder geen aanleiding tot opmerkingen.

Afdeling 3.6 Verhaal en afkoelingsperiode

De Commissie beperkt zich in haar commentaar op deze afdeling tot de meest wezenlijke veranderingen ten opzichte van de regeling in de huidige Faillissementswet. Dit betreft met name de artt 3.6.4 (inzake gebruiks- en vergoedingsrechten gedurende de afkoelingsperiode), 3.6.6 (inzake afkoelingsperiode en verdachte periode) en 3.6.9 (inzake tegeldemaking bij voortzetting van de onderneming). Ook de artt 3.6.8 (inzake de inning door de bewindvoerder van bezitloos of stil verpande vorderingen) en 3.6.13 (inzake het retentierecht) bevatten materiële wijzigingen ten opzichte van het huidige recht – in beide gevallen ter versterking van de positie van de pandhouder resp. de retentor teneinde daarmee te voorkomen dat, zoals onder het huidige recht geregeld voorkomt, diens voorrecht bij een negatieve boedel waardeloos blijkt te zijn – maar omdat de Commissie zich in deze wijzigingen kan vinden, is er ten aanzien van die artikelen geen aanleiding tot nader commentaar.

De afkoelingsperiode is in het Voorontwerp geregeld in de artt 3.6.3 tot en met 3.6.6. Deze regeling is aanmerkelijk uitgebreid ten opzichte van de huidige regeling van de artt 63a/241a Fw e.v., welke uitbreiding met name bestaat in:

- (1) het toekennen van een boedelvordering in art. 3.6.3 lid 4 aan de derde die zijn rechten tot verhaal of tot opeising door de afkoelingsperiode niet kan uitoefenen en daardoor onevenredige schade lijdt;
- (2) de regeling van gebruiks- en vergoedingsrechten in art. 3.6.4;
- (3) het toekennen aan de bewindvoerder van de bevoegdheid tot opeising van aan de schuldenaar toebehorende verpande zaken die binnen één maand voor het verzoek

tot insolventverklaring in de macht van de pandhouder of een derde zijn gebracht (art. 3.6.6).

Artikel 3.6.4 - Gebruiks- en vergoedingsrechten

De regeling van art. 3.6.4 komt naar het oordeel van de Commissie tegemoet aan de behoefte aan duidelijkheid omtrent de vraag welke bevoegdheden de curator/bewindvoerder in geval van voortzetting van de onderneming heeft met betrekking tot de “afgekoelde” goederen. Sinds de invoering van de afkoelingsperiode in 1992 wordt tussen curatoren/bewindvoerders en separatisten doorgaans getracht tot praktische afspraken op dit punt te komen, maar in geval van een onwillige separatist of een conflict tussen belanghebbenden (waaronder in voorkomend geval ook de fiscus) dreigt er bij gebreke van een wettelijke basis voor dergelijke afspraken een vacuüm te ontstaan. De Commissie is dan ook voorstander van het opnemen in de nieuwe insolventiewet van een bepaling omtrent gebruiks- en vergoedingsrechten tijdens de afkoelingsperiode. Wel meent de Commissie dat bij het artikel in zijn huidige redactie enkele kanttekeningen te plaatsen zijn.

Het gaat in deze regeling om een vergaande inbreuk op bestaande rechten van separatisten, waarvan van oudsher het kenmerk is dat deze ook in faillissement kunnen worden uitgeoefend. Een dergelijke inbreuk is slechts gerechtvaardigd als sprake is van voldoende waarborgen dat degenen wier rechten aangetast worden volledig schadeloos gesteld zullen worden. Die waarborgen biedt de nieuwe regeling naar het oordeel van de Commissie onvoldoende. Lid 3 kwalificeert de vordering tot vergoeding als boedelvordering. Omdat over de rangorde verder niets gezegd wordt, is dat dus een concurrente boedelvordering. Wetsvoorstel 27.244 ging nog uit van een boedelvordering met gelijke rang als die van de fiscus. De toelichting op het Voorontwerp zegt daarover dat *die* regeling vooralsnog niet is overgenomen met het volgende argument: *“Een zodanige rangbepaling is slechts van belang in het geval van een negatieve boedel. In dat geval dient de bewindvoerder zich echter te onthouden van voortzetting van de onderneming en zullen derhalve geen vergoedingen verschuldigd worden.”*

Hier wordt de weerbarstigheid van de praktijk miskend. Bij aanvang van een surseance of faillissement is het doorgaans voor de bewindvoerder of curator buitengewoon moeilijk om te bepalen of al dan niet sprake is van een negatieve boedel. Hij zal al snel het voordeel van de twijfel krijgen als hij in eerste instantie voortzet, of, ingeval van surseance aan voortzetting meewerkt, – zich mede beroepend op het belang van de werkgelegenheid – en het later onverhoopt toch blijkt tegen te vallen. Over die situatie zegt de toelichting op lid 4:

“Als de bewindvoerder daarentegen redelijkerwijs moet aannemen dat de boedel ontoereikend zal zijn om de boedelvordering van het derde lid te voldoen en hij desalniettemin gebruikt, verbruikt of vervreemdt, is hij persoonlijk aansprakelijk. Indien hij redelijkerwijs heeft kunnen aannemen dat de vergoeding wel zou kunnen worden betaald, maar vervolgens blijkt dat de schuld niet kan worden voldaan, zal voor persoonlijke aansprakelijkheid geen plaats zijn.”

In dat laatste geval staat de separatist dus met lege handen. Dat komt de Commissie onredelijk voor, want de boedel heeft wel geprofiteerd van de inbreuk op zijn recht en met

dat profijt gaan hoger gerangschikte boedelcrediteuren (waaronder de bewindvoerder zelf) nu aan de haal.

Het is naar het oordeel van de Commissie inconsequent om enerzijds – terecht – rekening te houden met de mogelijkheid dat de bewindvoerder redelijkerwijs kan denken dat de boedel de vergoeding aan de separatist wel zou kunnen betalen, maar dat later blijkt dat het tegenvalt – volgens de toelichting is hij dan niet persoonlijk aansprakelijk – en om anderzijds te stellen dat het niet nodig is de vordering tot vergoeding een hogere rang mee te geven met het argument dat de bewindvoerder bij een negatieve boedel niet mag voortzetten. Daarbij wordt in de veelvoorkomende situatie dat het kort na de opening van een insolventieprocedure niet duidelijk is of de boedel negatief is of niet, de separatist wiens rechten worden aangetast in een moeilijke hoek gezet: hij moet aantonen dat de bewindvoerder redelijkerwijs moest aannemen dat de boedel ontoereikend zou zijn om de vergoeding te betalen – in de praktijk zal hij vaak niet in dat bewijs slagen – en hij moet vervolgens het comfort van een hoog gerangschikte boedelvordering – wat de Commissie betreft hoger dan het salaris van de curator – missen³⁴.

Een tweede kanttekening betreft de in lid 4 verwoorde keuze om het initiatief met betrekking tot zekerheidstelling niet van de bewindvoerder, maar van de separatist uit te laten gaan.

De bewindvoerder is degene die in strijd met de normale economische en juridische orde rechten van separatisten aantast. Is het dan niet de omgekeerde wereld dat vervolgens degene wiens rechten aangetast worden om zekerheid moet vragen in plaats van op degene die aantast de verplichting te leggen die zekerheid te stellen (eventueel tenzij er zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard in het geding zijn of de rechter-commissaris op initiatief van de bewindvoerder bepaalt dat hij in een specifiek geval niet tot zekerheidstelling gehouden is)?

Als de bewindvoerder geen zekerheid te bieden heeft, is dat dan niet juist een goede lakmoesproef dat hij mogelijk te veel risico neemt door de zaken toch te gebruiken, verbruiken en/of vervreemden?

Deze kwestie speelt met name indien het gaat om verbruik of vervreemding van goederen. Bij gebruik is één en ander minder pregnant omdat dan de goederen ten minste nog in de boedel aanwezig blijven en na afloop van de afkoelingsperiode aan de separatist ter beschikking staan.

De Commissie zou er dan ook voor willen pleiten om in ieder geval in geval van verbruik of vervreemding in beginsel een verplichting tot zekerheidstelling op de bewindvoerder te leggen in plaats van het initiatief in deze bij de separatist te laten. Daarmee is dan tevens het probleem opgelost dat veel niet-institutionele separatisten dikwijls niet nauw bij de surseance of het faillissement betrokken zijn en kort na opening van de procedure nog niet weten dat hun zaak “afgekoeld” is en mogelijk verbruikt of vervreemd gaat worden.

Als derde aandachtspunt noemt de Commissie de wijze waarop de vergoeding dient te

³⁴ Zie in dit verband ook F.M.J. Verstijlen en A.A.J. Smelt, Boedelschulden in het voorontwerp Insolventiewet, Tvl 2008/2, p. 91, die menen dat de rechtspositie van de derde wiens zaken worden ge- of verbruikt, in artikel 3.6.4 te zeer wordt uitgehold, “*temeer nu aan deze vordering [i.e. de boedelvordering als bedoeld in art. 3.6.4 lid 3] generlei voorrang is verleend (...)*”.

worden vastgesteld. Daarover zegt de wet slechts dat als partijen er niet uitkomen, de rechter-commissaris beslist. Dit zal ongetwijfeld interessante jurisprudentie opleveren. Welke maatstaven dient de rechter-commissaris in dit kader aan te leggen? De Staatscommissie heeft er, gelet op de veelkleurigheid van in de praktijk denkbare casusposities, van afgezien de rechter-commissaris wettelijke richtlijnen mee te geven. Het enige criterium dat de wet noemt is dat de vergoeding de benadeelde zoveel mogelijk in de positie dient te brengen waarin hij zou hebben verkeernd indien er geen afkoelingsperiode zou hebben gegolden. Dat klinkt logisch, maar het probleem is dat die hypothetische situatie achteraf vaak lastig te reconstrueren zal zijn³⁵. Moet uitgegaan worden van marktwaarde, factuurwaarde, opbrengstwaarde? Wetsvoorstel 27.244 sprak nog over *“een in redelijkheid te bepalen vergoeding”*. Daarover zei Kortmann destijds dat in dat voorstel niet duidelijk wordt waarop de derde-belanghebbende kan rekenen³⁶. Maar de vraag is of dat niet evenzeer geldt voor het onderhavige voorstel.

Een vierde kanttekening betreft het in lid 3 genoemde criterium dat de vergoeding de benadeelde zoveel mogelijk in de positie moet brengen waarin hij zou hebben verkeernd indien er geen afkoelingsperiode zou hebben gegolden. De Commissie constateert hier een discrepantie met art. 3.6.3 waar het betreft het *gebruik* van afgekoelde zaken. Het feit dat de derde de zaken gedurende de afkoelingsperiode niet kan gebruiken, komt volgens art. 3.6.3 lid 4 – uitzonderingsgevallen waarin sprake is van *onevenredige* schade daargelaten – voor zijn rekening. Die schade-component zou ook bij de bepaling van de vergoeding op de voet van art 3.6.4 lid 3 buiten beschouwing gelaten moeten worden.

Artikel 3.6.6 - Afkoelingsperiode en verdachte periode

Art. 3.6.6 biedt de bewindvoerder tijdens de afkoelingsperiode de bevoegdheid tot opeising van aan de schuldenaar toebehorende verpande zaken die binnen één maand voor het

³⁵ Van der Aa, De afkoelingsperiode nieuwe stijl, Tvl 2008/2, p.86, acht het aanknopen bij de vraag naar de werkelijke schade van de separatist wiens rechten zijn aangetast een ongelukkige keuze. Zij stelt: *“Verkiezlijker is de omvang van de vergoeding voor gebruik enzovoorts te beperken door rekening te houden met een aantal factoren, zoals de aard van de inbreuk (gebruik, verbruik of vervreemding) en de aard van het recht waarop inbreuk wordt gemaakt, een rol te laten spelen”*.

³⁶ S.C.J.J. Kortmann, Haastige spoed...Opmerkingen naar aanleiding van het voorstel tot wijziging van de Faillissementswet, Tvl 2000/1, p. 33. Kortmann schreef toen onder meer: *“Wat moet worden verstaan onder ‘een in redelijkheid te bepalen vergoeding’? Ik zou menen dat in geval van verbruik of vervreemding de derde-belanghebbende aanspraak moet kunnen maken op de marktwaarde (bij verbruik door de curator) danwel op de door de curator gerealiseerde opbrengst (bij vervreemding) van deze goederen. De achterliggende gedachte is dat de curator de goederen anders had moeten inkopen respectievelijk dat hij de goederen ten behoeve van de derde-belanghebbende te gelde maakt. Teneinde slepende discussies te voorkomen zou men in de toelichting expliciet kunnen bepalen dat de rechter-commissaris zich hierdoor laat leiden bij het in redelijkheid bepalen van de vergoeding.”* Kennelijk heeft de Staatscommissie er echter alsnog van afgezien dergelijke richtlijnen expliciet in de toelichting op te nemen.

verzoek tot insolventverklaring in de macht van de pandhouder of een derde zijn gebracht. De toelichting op dit artikel begint met de volgende zin:

“Met deze bepaling kunnen de goederen die van belang zijn voor het voortzetten van de onderneming en die niet te goeder trouw kort voor de insolventie van de schuldenaar zijn onttrokken ter versterking van de positie van de pandhouder, voor de onderneming worden behouden.”

De woorden “niet te goeder trouw” zijn echter niet terug te vinden in (lid 1 van) art. 3.6.6: er wordt slechts gesproken over goederen die binnen één maand vóór het verzoek tot insolventverklaring in de macht van de pandhouder of een derde zijn gebracht. Bij de betreffende pandhouder *hoeft* in een dergelijk geval echter niet goede trouw te ontbreken in de zin dat hij wist of behoorde te weten dat de insolventverklaring van de schuldenaar onvermijdelijk was³⁷.

Art. 3.6.6. vormt een vérgaande inbreuk op het recht van de pandhouder om, indien voldaan is aan de vereisten van art. 3:237 lid 3 BW, een bezitloos pandrecht te converteren in een vuistpand. De Commissie is in meerderheid van oordeel dat deze inbreuk de rechtszekerheid te zeer aantast en dat de bepaling bovendien uitlokt tot overhaaste executie door de pandhouder van de verpande zaken (met de gedachte dat wat eenmaal geëxecuteerd is niet meer teruggegeven kan worden). Deze leden van de Commissie zijn er dan ook voorstander van deze bepaling te schrappen. Subsidiair acht de Commissie de genoemde inbreuk in het belang van de continuïteit van de onderneming van de schuldenaar, slechts gerechtvaardigd als de pandhouder ten tijde van de conversie niet te goeder trouw is in de hiervoor bedoelde zin. De Commissie zou er dan ook voor willen pleiten om, zo de bepaling niet geschrapt wordt, tenminste het “niet te goeder trouw” zijn waarvan de toelichting melding maakt uitdrukkelijk, naast de termijn van één maand, als vereiste voor het uitoefenen van de bevoegdheid van de curator in lid 1 van art. 3.6.6 op te nemen.

Artikel 3.6.9 - Tegeldemaking bij voortzetting van de onderneming

Art. 3.6.9 vormt een breuk ten opzichte van het huidige recht waar het betreft de rechtspositie van separatisten. Lid 1 bepaalt dat bij voortzetting van de onderneming van een schuldenaar of een onderdeel daarvan uitsluitend de bewindvoerder bevoegd is tot tegeldemaking van, kort gezegd, zaken waarop een pandrecht, een recht van hypotheek of een eigendomsvoorbehoud rust voor zover die zaken zich ten tijde van de insolventverklaring in de macht van de schuldenaar bevinden of door de bewindvoerder op de voet van art. 3.6.6 zijn opgeëist. Lid 3 bepaalt vervolgens dat de bewindvoerder de pandhouder, hypotheekhouder of eigenaar in kennis stelt van zijn voornemen om tot tegeldemaking over te gaan en van de wijze waarop die zal plaatsvinden. Daarbij kan hij de pandhouder, hypotheekhouder of eigenaar een redelijke termijn stellen waarbinnen deze bij de rechter-commissaris bezwaar kan maken.

³⁷ Vergelijk in dit verband het criterium van art. 3.2.5 van het Voorontwerp

Met deze bepaling vervalt dus het recht van parate executie van de betreffende separatisten in geval van voortzetting van de onderneming van de schuldenaar of een onderdeel daarvan. Als reden voor deze ingrijpende wijziging ten opzichte van het huidige recht noemt de toelichting *“de beoogde versterking van het reorganiserend vermogen in geval voortzetting van (een deel van) de onderneming nog mogelijk blijkt. Door de regie hierbij volledig in handen van de bewindvoerder te leggen (met correctiemogelijkheden via de rechter-commissaris ...) kan slagvaardig worden opgetreden met inachtneming van alle betrokken belangen”*.

Deze argumentatie overtuigt de meeste leden van de Commissie niet. De bepaling van art. 3.6.9 is naar het oordeel van de Commissie ook innerlijk tegenstrijdig en verwarrend. Want waarom zou nu juist in het kader van voortzetting van de onderneming de bevoegdheid om de bezwaarde activa te liquideren aan de bewindvoerder worden gegeven? Bij voortzetting van de onderneming ligt het voor de hand om aan te nemen dat de activa juist niet worden geliquideerd. Indien een separatist niet wenst mee te werken aan een voortzetting van de onderneming kan hij door de afkoelingsperiode al gedwongen worden de liquidatie uit te stellen. Indien de voortzetting met de bezwaarde activa noodzakelijk is om een akkoord te bereiken, kan de separatist worden afgelost. In de toelichting op art. 3.6.4 meent de Commissie te lezen dat art. 3.6.9 in het bijzonder ziet op de overdracht van de onderneming door middel van een activa transactie. Als dat zo is, dan is dat heel wat anders dan “voortzetting van de onderneming” zoals elders in het Voorontwerp wordt gebruikt, zie bijvoorbeeld art. 4.2.10. Dat begrip wordt daar gebruikt als voortzetting van de onderneming door de insolvente ondernemer. Een overdracht van een onderneming betekent dat de onderneming juist niet meer wordt voortgezet, maar wordt geliquideerd (zij het als going concern). In ieder geval legitimeert een beroep op het “versterken van het reorganiserend vermogen” van de insolvente ondernemer deze diepgaande inbreuk in de rechten van separatisten niet wanneer het gaat om de overdracht van (een deel van) de onderneming.

Er is alleen reden om iets te veranderen indien het huidige systeem, waarin de curator uitdrukkelijk toestemming nodig heeft van de separatist om tot onderhandse verkoop te mogen overgaan, niet naar behoren functioneert. De Commissie vraagt zich af wat er onder de huidige regeling niet goed gaat. Is de Staatscommissie van mening dat het nu regelmatig voorkomt dat een doorstart mislukt omdat een separatist op onredelijke gronden dwarsligt? Dat is in ieder geval niet de ervaring van de meeste leden van de Commissie. Naar hun mening vormt het huidige systeem juist een redelijk afgewogen geheel van checks en balances – de curator heeft vaak de lead bij de onderhandelingen over een doorstart, maar weet dat hij uiteindelijk wel de toestemming van de separatist nodig heeft; dat houdt hem scherp en dwingt hem tot regelmatig overleg met de separatist. In de nieuwe regeling participeert de separatist in beginsel niet in het verkoopproces, hem rest alleen nog reactief handelen: nadat de bewindvoerder zijn plannen gepresenteerd heeft kan hij bezwaar maken bij de rechter-commissaris, maar de vraag is hoeveel zin dat dan nog heeft. Vaak zijn de belangrijkste keuzes in het verkoopproces dan al gemaakt en is er geen weg meer terug. De banken zullen niet zonder grond tegen de voorgestelde regeling kunnen inbrengen dat zij veel bedrijfseconomische expertise in huis hebben, die bij curator over het algemeen nu eenmaal in mindere mate aanwezig is en dat dus door hen in beginsel buitenspel te zetten in

het verkoopproces, een onbalans ontstaat.

Dit klemmt te meer indien de belangen van boedel en bank niet parallel lopen. Wat in de praktijk bij een doorstart vaak voorkomt is dat de kopende partij bereid is een koopsom voor het geheel op tafel te leggen, waarbij het hem minder interesseert wat hij precies op welk onderdeel van de boedel biedt. Bewindvoerders kunnen daar invloed op uitoefenen en zullen uiteraard geneigd zijn een zo groot mogelijk deel van de koopprijs te alloceren op activa waarop geen zekerheidsrechten rusten (zoals goodwill) dan wel activa die wel verpand zijn, maar waarop bijvoorbeeld een hoger gerangschikt voorrecht van een derde (fiscus) rust; in dat laatste geval loopt de opbrengst op de voet van art. 3.6.10 lid 3 van het Voorontwerp immers via de boedel zodat de curator de gelegenheid krijgt daarmee insolventiekosten te dekken. Als de separatist grotendeels buiten het verkoopproces wordt gelaten dreigt dat de bewindvoerder onevenredig veel macht krijgt om bij allocatievragen als hier aan de orde een beslissende voorsprong te nemen. Door het toestemmingsvereiste is die machtsbalans in het huidige systeem naar de mening van de Commissie evenwichtiger.

Een ander aspect is dat het regelmatig voorkomt dat separatisten samen met de schuldenaar en een geïnteresseerde partij de overdracht van de onderneming als going concern na opening van het faillissement hebben voorbereid, en wel zodanig dat de curator in feite geen alternatief heeft dan in te stemmen met deze “prepackaged” transactie. Dit is geen wenselijke situatie omdat transparantie vereist is en omdat de bewindvoerder verantwoording moet kunnen afleggen over het beheer en de vereffening. De Commissie meent dat de bewindvoerder voldoende middelen ten dienste dienen te staan om te waarborgen dat de belangen van de schuldeisers voldoende worden beschermd.

TITEL 4. HET BESTUUR OVER DE BOEDEL EN TOEZICHT.

4.2.2 en 4.2.5 lid 3: Medebewindvoering door de schuldenaar

Het Voorontwerp opent de mogelijkheid dat de schuldenaar zelf als medebewindvoerder wordt benoemd. Dat kan al als de schuldenaar de rechtbank in het bezit stelt van een staat van baten en schulden (art. 4.2.7). Indien dat gebeurt, zijn de schuldenaar en de bewindvoerder slechts gezamenlijk bevoegd te handelen, “voor zover uit de wet of de aard van de handeling niet anders voortvloeit” (toelichting bij art. 4.2.2. Daarbij moeten we denken aan enerzijds door de schuldenaar persoonlijk te verrichten prestaties (art. 3.4.1 lid 5) en anderzijds aan het instellen van vorderingen ter zake van verhaalsbenadeling en bestuurdersaansprakelijkheid.

Deze gezamenlijke bevoegdheid wijkt sterk af van het huidige recht, waarin gedurende de surseance de schuldenaar in zijn beschikkingsbevoegdheid wordt beperkt, maar waarbij de bewindvoerder geen andere bevoegdheden heeft dan de bevoegdheid om zijn medewerking of machtiging te verlenen (en om de boedel te herstellen bij onbevoegd handelen; art. 228 Fw). Het Voorontwerp gaat er van uit dat medebewindvoering mogelijk is in die gevallen dat de schuldenaar de insolventieprocedure wil aanwenden om een reorganisatie door te voeren en waarin geen sprake is van “slecht bestuur”. De Commissie vraagt zich af wie en op welke

wijze in de beginfase (tevens reorganisatiefase) van de insolventie vast stelt of er sprake is (geweest) van “slecht bestuur”.

Het medebewindvoederschap is gegeven aan de schuldenaar en niet aan het bestuur van een rechtspersoon-schuldenaar. In dit verband rijst de vraag hoe de verantwoordelijkheden en aansprakelijkheid van het bestuur gedurende een insolventie in de periode van medebewindvoering liggen. Tegelijkertijd rijst de vraag of de schuldenaar aansprakelijk wordt voor fouten van de bewindvoerder in het bestuur en andersom.

Het Voorontwerp voorziet in de mogelijkheid dat de bewindvoerder aanwijzingen kan geven aan de schuldenaar als medebewindvoerder, en zelfs kan de rechter-commissaris op verzoek van de medebewindvoerder of ambtshalve bepalen dat de bewindvoerder bevoegd is om alleen te handelen. Geen van deze beslissingen of aanwijzingen hoeven te worden opgenomen in het Insolventieregister.

Het ontslag van de schuldenaar als medebewindvoerder is niet helder in het Voorontwerp geregeld. Aan de schuldeisers komt in dit verband geen enkele bevoegdheid toe. Hierboven wees de Commissie al op de inconsistentie in de regeling van art. 3.6.9. De schuldenaar-bewindvoerder heeft kennelijk geen bevoegdheden om activa te vervreemden; wanneer de insolventie in de reorganisatiefase verkeert ligt die beperking niet voor de hand.

De Commissie meent dat de figuur van “medebewindvoering” zoals die in het Voorontwerp is uitgewerkt onduidelijkheid creëert, en zelfs het risico van “window dressing” met zich brengt; derden worden kennelijk tegen onkundigheid van de verdeling van de bevoegdheden over de bewindvoerder en de medebewindvoerder niet beschermd. Deze onduidelijkheden acht de Commissie ongewenst. Zij acht het onjuist dat de bewindvoerder op grond van de wet in feite de leidende functionaris zou worden bij een reorganisatie van de (onderneming van de) schuldenaar: dat behoort op het terrein van de schuldenaar en de schuldeisers te liggen. De bewindvoerder is in die fase beheerder en bewaarder voor de schuldeisers en kan vanuit die taak faciliteren. Maar hij behoort niet degene te zijn die de reorganisatie leidt.

De Commissie meent tenslotte dat de medebewindvoering zoals die thans is opgezet te veel beperkingen kent. De bewindvoerder en de schuldenaar moeten vrijwel alles samen doen. Dat is bij een onderneming van enige omvang ondoenlijk. De oplossing van art. 228 Fw heeft ook in dat opzicht de voorkeur van de Commissie.

De Commissie propageert een onderscheid tussen de reorganisatiefase waarin de schuldenaar en de schuldeisers de leiding nemen onder beheer en bewaring door de bewindvoerder en een liquidatiefase waarin uitsluitend de bewindvoerder bevoegdheden heeft.

Afdeling 4.3. De rol van de rechter-commissaris

Het Voorontwerp gaat uit van een rechter-commissaris die meer op afstand fungeert van de bewindvoerder. Onder de huidige Faillissementswet is de rechter-commissaris niet alleen toezichthouder, behandelaar van klachten, maar ook gesprekspartner/adviseur van de curator en verleent hij machtiging voor een aantal belangrijke (rechts-)handelingen van de

curator. Onder het Voorontwerp zal de rol van de rechter-commissaris vooral zien op het houden van toezicht op de algemene gang van zaken bij het bestuur van de boedel en het geven van algemene aanwijzingen aan de bewindvoerder; het beslissen van geschillen tussen de bewindvoerder en de schuldenaar, schuldeiser(s) of andere belanghebbenden; de behandeling van klachten over de bewindvoerder; de verlenging van de duur van de afkoelingsperiode; het afnemen van verhoren van de bestuurder van de schuldenaar en het horen van getuigen en het bevelen van onderzoek van deskundigen. Een aantal beslissingen die nu door de Rechtbank worden genomen, zijn in het Voorontwerp “verlegd” naar de rechter-commissaris.

De rechter-commissaris krijgt de bevoegdheid om ongevraagd aan de bewindvoerder aanwijzingen te geven met betrekking tot de algemene gang van zaken bij het bestuur van de boedel. Dergelijke aanwijzingen zijn niet voor beroep vatbaar. Als de bewindvoerder een dergelijke aanwijzing niet opvolgt, kan hij worden ontslagen. Een toelichting op deze bepaling (art. 4.3.4) ontbreekt. De Commissie meent dat het ongewenst is dat het bestuur door de bewindvoerder kan worden bepaald door de rechter-commissaris. De bewindvoerder is blijkens het Voorontwerp de belangrijkste functionaris en degene die verantwoordelijk (en in bijzondere gevallen zelfs aansprakelijk) is voor het bestuur. Ook meent de Commissie dat het bezwaarlijk zou zijn dat alleen de bewindvoerder kennis neemt van de aanwijzing; zij meent dat dergelijke aanwijzingen gepubliceerd zouden moeten worden in het Insolventieregister.

De rechter-commissaris krijgt ook de bevoegdheid om aan de bewindvoerder een (niet-appelleerbare) aanwijzing te geven tot het doen van aangifte van vermoedelijk gepleegde strafbare feiten, waarover de bewindvoerder hem op grond van art. 4.2.13 heeft geïnformeerd. De Commissie meent dat het beter is wanneer in de wet expliciet wordt opgenomen dat de bewindvoerder bevoegd is om met toestemming van de rechter-commissaris aangifte te doen. De Commissie meent dat de inhoudelijke beoordeling of wel of geen aangifte van vermoede strafbare feiten moet worden gedaan niet in de handen van een rechter behoort te worden gelegd. Een beslissing van de bewindvoerder om wel of geen aangifte te doen, kan wel marginaal door de rechter-commissaris worden getoetst.

Het Voorontwerp gaat uit van de gedachte dat, nu de bewindvoerder zijn taak primair ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers vervult, het in de eerste plaats de schuldeisers zelf zijn die in de gaten moeten houden of de bewindvoerder hun belangen op de juiste wijze dient. Hiertoe wordt onder andere voorzien in een betere informatievoorziening van de schuldeisers. Het toezicht op de bewindvoerder zal in belangrijke mate door de schuldeiserscommissie vervuld kunnen worden. Wanneer er geen schuldeiserscommissie wordt benoemd, komt het toezicht bij de rechter-commissaris te liggen.

Art. 4.3.1 van het Voorontwerp bepaalt dat de rechter-commissaris toezicht houdt op de “algemene gang van zaken”. Dit is een vaag criterium; een heldere afbakening met de bevoegdheden van de schuldeiserscommissie (indien ingesteld) is gewenst. Blijkens de toelichting kan (moet) de Insolventieraad hier uitkomst bieden. De Commissie ziet niet in waarom niet bij het ontwerpen van de wet het begrip “bestuur” helder afgebakend zou kunnen en moeten worden en ziet niet in waarom dit in handen van de Insolventieraad gesteld moet worden.

Art. 4.3.5 van het Voorontwerp kent, gelijk nu art. 69 Fw, de mogelijkheid van een beroep op de rechter-commissaris om tegen een bepaalde handeling van de bewindvoerder op te komen of van deze een aanwijzing uit te lokken. In afwijking van de Faillissementswet bevat lid 2 geen vaste termijn voor het doen van uitspraak door de rechter-commissaris (onder de Fw 3 dagen), maar bepaalt lid 2 dat de rechter-commissaris met de meeste spoed uitspraak doet.

De rechter-commissaris kan afzien van het horen van de verzoeker en de bewindvoerder, indien uitstel van de beslissing met het oog op de betrokken belangen onaanvaardbaar zou zijn. Door deze bepaling wordt mogelijk gemaakt dat de rechter-commissaris met grote voortvarendheid kan beslissen als tegen handelen of nalaten van de bewindvoerder wordt opgekomen. Volgens de Commissie behoort de rechter-commissaris van de hier geboden mogelijkheid zeer terughoudend gebruik te maken. Tegen een beslissing van de rechter-commissaris om van het horen af te zien op te komen, zal onder omstandigheden kunnen worden opgekomen. De Staatscommissie overweegt in dat verband: *“Zou in een bepaald geval ten onrechte van het horen worden afgezien, dan kan daarover worden geklaagd in hoger beroep, aangezien uitsluiting van hoger beroep op grond van de zgn. ‘doorbrekingsjurisprudentie’ veelal buiten toepassing zal moeten blijven.”*

Art. 4.3.6 van het Voorontwerp bevat afwijkingen van de hoofdregel dat tegen alle beschikkingen van de rechter-commissaris gedurende 7 dagen na de dag van de beschikking hoger beroep bij de rechtbank openstaat. Er wordt (onder meer) verwezen naar art. 3.6.9 lid 1 onder b en lid 4, 4.2.3 lid 2, 4.2.10 lid 2 en 5.3.26 lid 2 van het Voorontwerp. Deze verwijzingen zijn niet allemaal duidelijk en wellicht zelfs onjuist. Artt. 85 en 86 Fw keren in het Voorontwerp terug als art. 4.3.7 en art. 4.3.8.

In de meeste faillissementen zal geen behoefte bestaan aan een schuldeiserscommissie, omdat het financiële belang van de boedel te klein is. Als er geen schuldeiserscommissie wordt ingesteld, blijft het toezicht bij de rechter-commissaris. De taak van de schuldeiserscommissie komt in die gevallen echter niet geheel bij de rechter-commissaris te liggen. Zo volgt uit art. 4.2.3b in samenhang met art. 4.2.3a en 4.2.3 dat de bewindvoerder, bij het ontbreken van een schuldeiserscommissie, geen vervangende toestemming van de rechter-commissaris behoeft voor de tegeldemaking als bedoeld in art. 4.2.15 (onderhandse verkoop); en voor het aangaan van vaststellingsovereenkomsten of schikkingen behalve waar dit te beschouwen is als een daad van gewoon bestuur.

Dit betekent dat er minder toezicht zal zijn op een aantal wezenlijke onderdelen van de taken van de bewindvoerder in die gevallen waarin er geen schuldeiserscommissie is ingesteld. Weliswaar wordt daartegenover enige bescherming geboden aan de schuldeisers door de aankondigingsplicht van de bewindvoerder, maar daarvan zal in de praktijk niet veel terecht komen. De Commissie meent dat juist in de “kleine” insolventies het niet van individuele schuldeisers verlangd kan worden om hun eigen belang te beschermen door het instellen van een rechtsmiddel tegen voorgenomen transacties die niet specifiek henzelf aangaan. In dit verband wijst de Commissie er op, dat de eis dat de bewindvoerder een termijn van 7 dagen (art. 4.2.3 lid 1) na aankondiging in acht moet nemen voordat hij een onderhandse verkooptransactie kan aangaan (of een vaststellingsovereenkomst aangaat) in veel gevallen een belemmering zal opleveren. In spoedeisende gevallen kan de rechter-commissaris toestemming geven aan de bewindvoerder om van die termijn af te wijken dan wel van het

vereiste van toestemming van de schuldeiserscommissie (art. 4.2.3a lid 1) af te wijken. De Commissie vreest dat van deze mogelijkheid veel gebruik gemaakt zal worden, omdat in heel veel gevallen er sprake zal zijn (althans volgens de bewindvoerder en de schuldenaar al dan niet als medebewindvoerder) van dreigend waardeverlies door tijdsverloop. Te denken valt aan boedels waarin de goederen bestaan uit bederfelijke waar of uit vorderingen uit overeenkomsten waarvan de bewindvoerder geen nakoming meer zal kunnen vragen (economisch bederf). Ook valt het moeilijk voor te stellen, dat de bewindvoerder in alle gevallen bereid en in staat zal zijn om allerlei details van een voorgenomen transactie bekend te maken. In die gevallen zal de toetsing van de rechter-commissaris dus beperkt zijn tot de vraag of van art. 4.2.3 lid 1 mag worden afgeweken, en zich niet uitstrekken tot de inhoudelijke kant van de transactie.

De Commissie voorziet dan ook dat in de praktijk in het merendeel van de insolventieprocedures het toezicht (nog) minder zal zijn dan nu het geval is. Als er geen schuldeiserscommissie is benoemd, moet naar het oordeel van de Commissie de toetsing van een voorgenomen onderhandse verkoop en vaststellingsovereenkomsten geschieden door de rechter-commissaris (onverminderd de rechten van elke schuldeiser).

De Commissie meent dat er naar gestreefd moet worden om de schuldeiserscommissie vaker te benoemen dan thans en voorts dat, als geen schuldeiserscommissie is benoemd, het toezicht bij de rechter-commissaris behoort te berusten. Als een schuldeiserscommissie is benoemd, behoort het toestemmingvereiste te worden nageleefd. Het is aan te bevelen dat in art. 4.2.3a eenzelfde regeling wordt opgenomen als in artt. 4.4.7, zodat de bewindvoerder een redelijke termijn kan stellen aan de schuldeiserscommissie, en dat een niet-tijdige reactie de toestemming niet langer wordt vereist. Tussenkomen door de rechter-commissaris lijkt dan niet vereist.

Tenslotte, de Commissie meent dat hoger beroep tegen de beschikkingen van de rechter-commissaris moet worden ingesteld bij het hof in plaats van de rechtbank, zoals art. 4.3.6 bepaalt. Een appel bij de rechtbank waar de rechter-commissaris zelf deel van uit maakt biedt onvoldoende waarborg voor een volkomen onafhankelijke beoordeling.

Afdeling 4.4 - De schuldeiserscommissie en vergaderingen van schuldeisers

Het Voorontwerp neemt tot uitgangspunt dat in een insolventieprocedure het belang van schuldeisers voorop dient te staan en streeft naar een beter inzicht in de aanpak en de afwikkeling van de insolventie. De curator wordt bewindvoerder, maar dat is in zijn rol misschien wel de belangrijkste wijziging. Hij blijft (behoudens de mede bewindvoering door de schuldenaar) de centrale en onafhankelijke functionaris met verregaande bevoegdheden en vrijheden zoals thans de curator.

In het Voorontwerp zijn de mogelijkheden voor schuldeisers om invloed op het bestuur van de insolventie uit te oefenen, beperkt. De bewindvoerder wordt in het Voorontwerp wel verplicht om van te voren bepaalde door hem voorgenomen handelingen aan te kondigen, zodat de schuldeisers daartegen bezwaar kunnen maken. Dat betekent dat de mogelijkheden voor schuldeisers om ad hoc op te treden, worden verbeterd, maar de

Commissie vreest dat in het merendeel van de insolventieprocedures de kosten van het instellen van rechtsmiddelen niet opwegen tegen de baten.

Het Voorontwerp beoogt het toezicht op het bestuur van de boedel te verbeteren. Vanuit deze gedachte wordt de bevoegdheid om goedkeuring of machtiging aan bepaalde transacties te geven, verlegd van de rechter-commissaris naar de schuldeiserscommissie indien die is benoemd. De schuldeiserscommissie heeft daarnaast als taak de bewindvoerder van advies te dienen.

Artikel 4.4.1. - Benoeming en samenstelling

De rechtbank kan bij de insolventverklaring -al dan niet uit de bekende schuldeisers- een schuldeiserscommissie benoemen. De rechter-commissaris kan dit bij latere beschikking doen op verzoek van een schuldeiser of ambtshalve. Net als thans moet hij een schuldeiserscommissie benoemen als de vergadering van schuldeisers daarom verzoekt.

De schuldeiserscommissie bestaat uit een oneven maar verder in beginsel onbeperkt aantal leden. De rechter-commissaris kan te allen tijde de schuldeiserscommissie uitbreiden en vacatures vervullen. De rechtbank kan een lid van de schuldeiserscommissie ontslaan na hem gehoord of behoorlijk opgeroepen te hebben.

De bewindvoerder heeft kennelijk niet het recht de rechter-commissaris om de benoeming van een schuldeiserscommissie te verzoeken, terwijl de curator dat recht nu wel heeft. De Commissie meent dat ook de bewindvoerder dit recht moet hebben, juist ook omdat de bewindvoerder zelf behoefte kan hebben aan toezicht en advies.

Volgens de toelichting op het Voorontwerp dient de Insolventiewet voldoende te waarborgen dat de schuldeiserscommissie daadwerkelijk optreedt in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Volgens de toelichting zou dat betekenen, dat de individuele leden van de schuldeiserscommissie zich dienen te richten naar de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en hun optreden niet mogen laten bepalen door hun eigen belangen als schuldeiser. Vanuit die gedachte kunnen ook (en zelfs grotendeels of alleen maar) personen van buiten de kring van schuldeisers benoemd worden. Uit de toelichting blijkt dat de Staatscommissie een voorkeur voor de benoeming van dergelijke "onafhankelijke" leden heeft. De mogelijkheid tot benoeming van onafhankelijke leden zou van belang zijn om te voorkomen dat de schuldeiserscommissie niet primair optreedt ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en voorts om te bevorderen dat er binnen de schuldeiserscommissie voldoende deskundigheid aanwezig is.

Het is mogelijk dat de schuldeiserscommissie slechts uit één persoon bestaat en ook dat de schuldeiserscommissie alleen leden heeft die geen schuldeiser zijn. De Insolventieraad kan de Minister van Justitie vragen nadere voorwaarden te formuleren voor de benoembaarheid in de schuldeiserscommissie van anderen dan schuldeisers.

De Commissie ziet bezwaren tegen een schuldeiserscommissie die bestaat uit (of leden heeft afkomstig uit een kring van) "onafhankelijke" personen die geen schuldeiser zijn, en dat de leden daarvan zich dienen te richten naar het belang van de gezamenlijke schuldeisers.

De redengeving voor het voorstel om niet-schuldeisers in een schuldeiserscommissie te benoemen overtuigt niet. De Memorie van Toelichting bij de Faillissementswet beschrijft de

aard van de commissie uit de schuldeisers “als een college van mannen van vertrouwen ter behartiging der gemene belangen”. Het gaat dus niet om de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, maar om de gemeenschappelijke belangen van alle schuldeisers. Die behartiging van de gemeenschappelijke belangen krijgt gestalte door de “mix” van de door de rechter te benoemen leden.

De Commissie verwacht dat schuldeisers niet snel zitting willen nemen in een schuldeiserscommissie als zij daarbij niet hun eigen belang voor ogen mogen houden, maar zouden moeten handelen in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Een belangrijk bezwaar is, dat niet duidelijk is waar het “belang van de gezamenlijke schuldeisers” uit bestaat. Dat vage begrip biedt geen houvast voor de wijze waarop een schuldeiserscommissie moet optreden. Elk lid van de schuldeiserscommissie zal zich vanzelfsprekend primair richten naar zijn eigen belang en dat van elke andere schuldeiser die zich in dezelfde positie bevindt. De uitkomst van de beraadslagingen van en stemmingen door de leden van de schuldeiserscommissie zal in dat geval de beste weerspiegeling zijn van de gemeenschappelijke belangen van alle schuldeisers.

Een commissie waarin individuele leden van de commissie andere belangen dan het eigen (groeps-) belang voorop dienen te stellen, is gekunsteld. Als (de leden van) de schuldeiserscommissie zich net als de bewindvoerder moet(en) richten naar uitsluitend het belang van de gezamenlijke schuldeisers, zou dat betekenen dat de commissie niet als toezichthouder functioneert, maar het werk van de bewindvoerder overdoet.

De Commissie ziet daarin ook het bezwaar dat het functioneren van de schuldeiserscommissie worden belemmerd omdat in dat geval de verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden van de leden van de schuldeiserscommissie dezelfde worden als die van de bewindvoerder. De individuele leden zouden daarenboven het risico lopen aansprakelijk te worden gesteld, omdat de meerderheid van de andere leden zijn eigen belang boven het gezamenlijke belang stelt. De Commissie vreest dat het functioneren van de schuldeiserscommissie sterk zal worden geformaliseerd en gejuridiseerd. De leden van de schuldeiserscommissie moeten juist in vrijheid kunnen beraadslagen en beslissen zonder last of ruggespraak met de andere schuldeisers en zonder al te veel juridische besognes. Indien de bewindvoerder meent dat een advies of besluit van de schuldeiserscommissie strijdt met “het belang van de gezamenlijke schuldeisers” kan hij een advies negeren en kan hij de rechter-commissaris vragen om toestemming indien de schuldeiserscommissie haar toestemming weigert. Daarmee is naar de mening van de Commissie het belang van de gezamenlijke schuldeisers voldoende gewaarborgd.

Het Voorontwerp maakt onvoldoende duidelijk waarom de benoeming van een onafhankelijke partij zou kunnen bijdragen aan de behartiging van de gemeenschappelijke belangen van alle schuldeisers. Het argument dat er behoefte zou bestaan aan een deskundige in de schuldeiserscommissie overtuigt niet. Het is aannemelijk dat één of meer van de leden van een schuldeiserscommissie betrokkenheid hebben bij of kennis over dezelfde bedrijfstak als die waarin de schuldenaar actief is en dat zij dus over de vereiste deskundigheid beschikken. Indien behoefte zou bestaan aan specifieke deskundigheid is dat (vrijwel) altijd op ad hoc basis. Tegelijkertijd valt niet in te zien dat een onafhankelijk lid geprikkeld zal zijn om er voor de schuldeisers het beste uit te halen wat er in zit. De commissie meent dat het lidmaatschap van de schuldeiserscommissie voorbehouden dient

te blijven aan schuldeisers. Wel kan aan de schuldeiserscommissie expliciet de bevoegdheid worden toegekend om op kosten van de boedel deskundigen in te schakelen.

De schuldeiserscommissie heeft niet alleen een adviserende, maar ook een toezichthoudende taak. De toezichtstaak van de schuldeiserscommissie krijgt inhoud doordat in een aantal gevallen het vereiste van toestemming van de rechter-commissaris wordt verlegd naar toestemming van de schuldeiserscommissie. Het adviesrecht van de schuldeiserscommissie wordt op onderdelen vervangen door een toestemmingsrecht. Voor het overige wordt het adviesrecht gehandhaafd; hetzelfde geldt grotendeels voor de daarmee gemoeide procedure. Wel creëert het Voorontwerp de mogelijkheid voor de bewindvoerder om zelf het oordeel van de rechter-commissaris in te roepen indien de schuldeiserscommissie negatief adviseert. De rechter-commissaris kan de "standstill" van drie dagen bovendien verkorten of verlengen. Weigert de schuldeiserscommissie haar toestemming, dan kan de bewindvoerder binnen zeven dagen opkomen bij de rechter-commissaris met het verzoek of deze in plaats van de schuldeiserscommissie zijn toestemming geeft.

De Commissie betwijfelt of met deze wijzigingen de kwaliteit van het toezicht in de praktijk ook echt zal verbeteren. Toezicht door de commissie van schuldeisers komt op niets anders neer dan dat de kwaliteit van het toezicht per insolventieprocedure afhankelijk wordt gesteld van de kwaliteit van de voor benoeming beschikbare schuldeisers. Indien het de gedachte zou zijn dat dit bezwaar zou worden ondervangen door de benoeming van onafhankelijke leden, kan men zich afvragen waarom het toezicht dan niet gewoon bij de onafhankelijke rechter wordt gelaten. Niettemin oordeelt de Commissie positief over de mogelijkheid om het toezicht over te hevelen naar de schuldeisers, omdat zij van oordeel is, dat de schuldeisers zelf het meeste belang bij toezicht hebben en zelf het beste in staat zijn om hun belangen te behartigen.

De beoogde verbetering zal alleen tot zijn recht komen als daadwerkelijk een schuldeiserscommissie benoemd wordt. Het Voorontwerp biedt geen aanknopingspunten om te denken dat dit in de praktijk vaker zal gebeuren dan thans het geval is. Op grond van het Voorontwerp zal de rechtbank, wanneer haar gevraagd wordt om een schuldeiserscommissie in te stellen voordat de vergadering van schuldeisers daar om vraagt, aan de hand van dezelfde toetsingscriteria als in de huidige Faillissementswet, te weten: de omvang van of de aard van de boedel, moeten beoordelen of zij een schuldeiserscommissie zal benoemen.

De eerste vergadering van schuldeisers zal de verificatievergadering zijn, die zelden of nooit binnen één maand na de aanvang van de insolventie zal plaatsvinden. De praktijk heeft geleerd dat een korte wettelijke termijn niet betekent dat de verificatievergadering ook werkelijk op korte termijn plaats vindt. Het Voorontwerp strekt er mede toe om meer dan nu het geval is reorganisaties door middel van of tegelijk met schuldsaneringen mogelijk te maken. Vanuit die gedachte is het denkbaar dat de schuldeisersvergaderingen méér en eerder zullen worden gehouden dan nu het geval is. Daar tegenover staat dat ook thans in surseance van betaling de "korte" termijn van art. 215 lid 2 Fw meestal op maanden wordt gesteld..

Juist in de eerste fase na de uitspraak van een insolventie moeten veel belangrijke beslissingen worden genomen. Te denken valt bijvoorbeeld aan de beslissing om het bedrijf van de schuldenaar wel of niet voort te zetten. De kans is dus net zo groot als nu dat in de meeste gevallen de schuldeisers te laat tot de benoeming van een schuldeiserscommissie kunnen besluiten. De Commissie beveelt aan dat de vrijblijvendheid van een benoeming van een schuldeiserscommissie wordt verminderd.

In het Voorontwerp is er uitdrukkelijk van afgezien om aan de schuldeiserscommissie een aanwijzingsbevoegdheid te geven. Volgens de toelichting zou daarmee “de verdeling van verantwoordelijkheden tussen bewindvoerder, schuldeiserscommissie en de rechter-commissaris teveel worden gecompliceerd”. Die redengeving overtuigt niet. De effectiviteit van het toezicht neemt belangrijk toe wanneer de schuldeiserscommissie een aanwijzingsbevoegdheid krijgt.

Artikel 4.4.5. - Het verstrekken van inlichtingen

Net als nu krijgt de schuldeiserscommissie het recht om alle voor de uitvoering van haar taken noodzakelijke inlichtingen van de bewindvoerder te verlangen. De bewindvoerder dient te allen tijde aan de schuldeiserscommissie inzage in de boeken, bescheiden en andere de insolventie betreffende gegevensdragers te geven. Deze verstrekking van gegevens en informatie dient volgens de toelichting zowel gevraagd als ongevraagd, en tijdig te geschieden. Dat betekent dat er een actieve verplichting op de bewindvoerder rust om alle informatie die de schuldeiserscommissie voor de uitoefening van haar taak nodig heeft aan haar te geven. Die gedachte wordt door de Commissie onderschreven.

De bewindvoerder kan weigeren om aan een verzoek te voldoen, indien de verstrekking van de gevraagde gegevens in strijd zou zijn met zwaarwegende belangen van de boedel, of indien die verstrekking uitsluitend (of vooral) van belang zou zijn voor de individuele belangen van leden van de schuldeiserscommissie. De Commissie meent dat deze discretionaire bevoegdheid van de bewindvoerder zou moeten worden geschrapt. In de toelichting wordt niet gespecificeerd welke de belangen van zwaarwegende aard zijn of zouden kunnen zijn zodanig dat de schuldeiserscommissie van de inhoud daarvan geen kennis zou mogen nemen; de Commissie meent dat de schuldeiserscommissie voor een goede taakuitoefening over dezelfde informatie moet kunnen beschikken als de bewindvoerder. De tweede weigeringsgrond acht de commissie onzuiver. Als gezegd ligt het juist voor de hand dat elk lid van de schuldeiserscommissie het accent zal leggen op alles wat voor hem en degenen die in dezelfde positie verkeren, van belang is. Er bestaat geen aanleiding om de bewindvoerder naar eigen goeddunken te laten bepalen wat de schuldeiserscommissie wel of niet krijgt, omdat bepaalde informatie voor het ene lid meer relevantie heeft dan voor het andere. Het gaat erom dat de leden van de schuldeiserscommissie de aan hen verstrekte informatie niet zonder meer mogen gebruiken voor andere doeleinden dan waarvoor zij wordt verstrekt.

In de toelichting is (onder verwijzing naar HR 21 januari 2005, NJ 2005, 250; JOR 2005, 105 (Jomed)) een “aandachtspunt 8” opgenomen dat het in verband met het in art. 4.4.5 geregelde recht op inlichtingen opmerking verdient dat in de invoeringswetgeving aandacht zal moeten worden besteed aan de betekenis van art. 3:15j, onder d, BW. De Commissie meent dat het art. 4.4.5 (net als het huidige artikel 76 Fw) een andere en verdere strekking

heeft dan art. 3:15j BW. Er bestaat in de ogen van de Commissie geen reden om schuldeisers op grond van art. 3:15j BW of nieuwe wettelijke regeling een recht op informatie met betrekking tot het door de bewindvoerder gevoerde bestuur te geven. Als een schuldeiser meent een vordering tegen de bewindvoerder te hebben op grond van het door de laatste gevoerde bestuur, zal de schuldeiser een beroep kunnen doen op de bewijsbepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Een minderheid van de Commissie deelt dit standpunt niet en is van mening dat de bewindvoerder zodanige verantwoording aan de gezamenlijke schuldeisers dient af te leggen dat deze zich een gedegen oordeel kunnen vormen over het gevoerde bestuur. Deze minderheid is voorts van oordeel dat het onwenselijk zou zijn wanneer schuldeisers "in the blind" aansprakelijkheidsprocedures tegen bewindvoerders zouden moeten gaan voeren.

Als er een schuldeiserscommissie is, hoeft de curator geen vooraankondiging te doen van door hem voorgenomen transacties. Deze regel is niet van toepassing op die handelingen die toestemming van de schuldeiserscommissie behoeven. De toelichting maakt niet duidelijk waarom de verplichting tot vooraankondiging niet zou gelden indien er een schuldeiserscommissie is. Dit wekt ten onrechte de indruk dat de schuldeiserscommissie verantwoordelijk zou zijn om de schuldeisers te informeren over door de curator voorgenomen handelingen. De Commissie beveelt aan om art. 4.2.3 lid 3 te schrappen.

TITEL 5. BOEDELVORDERINGEN, INSOLVENTIEVORDERINGEN EN VERIFICATIE

Afdelingen 5.1 , 5.2, 5.3 Vorderingen en verificatie

De huidige Faillissementswet kent geen regeling met betrekking tot de vraag aan de hand van welk criterium onderscheiden dient te worden tussen faillissementsschulden en boedelschulden. Bij faillissementsschulden gaat het om schulden die –enigszins gesimplificeerd gesteld- dateren van vóór de faillietverklaring/surseanceverlening/opening schuldsaneringsregeling en die het in de Faillissementswet voorziene regime voor verificatie en uitdeling volgen³⁸. Bij boedelschulden gaat het om schulden die door de faillissementscurator zijn veroorzaakt na de opening van het faillissement (respectievelijk door bewindvoerder en schuldenaar na de opening van de surseance of door de bewindvoerder na de opening van de schuldsaneringsregeling). Zij geven een rechtstreekse aanspraak op de boedel en hoeven niet het insolventieregime te volgen. Uitgangspunt is dat voor dergelijke schulden de verhaalsmogelijkheden dezelfde zijn als ten aanzien van een gewone schuldenaar, dat wil zeggen een die niet in een insolventieprocedure verkeert. Omdat aan het ontstaan van een opeisbare schuld in voorkomende gevallen verscheidene rechtsfeiten kunnen bijdragen die deels voor en deels na de faillietverklaring³⁹ gelegen

³⁸ Met diverse varianten voor bijvoorbeeld de belastingdienst en schuldeisers wier vordering gedekt is door pand- en hypotheek.

³⁹ Gemakshalve wordt hier volstaan met een verwijzing naar de faillietverklaring maar hetzelfde geldt bij voorlopige surseanceverlening en opening van een schuldsaneringsregeling.

kunnen zijn is de scheidslijn tussen faillissementsschulden en boedelschulden niet altijd gemakkelijk te trekken. Naast deze ongeregelde boedelschulden kent de Faillissementswet nog enkele schulden die in de artt 39 en 40 Fw tot boedelschuld worden gepromoveerd. De belangrijkste zijn loon en huur die vervallen na de faillietverklaring. Aannemelijk is dat deze schulden zonder deze wetsbepalingen geen boedelschulden zouden zijn indien de curator geen gebruik maakt van de betreffende werknemers respectievelijk het gehuurde. Men spreekt daarom wel van oneigenlijke boedelschulden.

Het Voorontwerp hanteert een nieuwe terminologie en spreekt van: “insolventievorderingen” en “boedelvorderingen”. Een regeling voor het onderscheid tussen deze vorderingen is opgenomen in de art 5.1.1 en 5.2.1. Art. 5.1.1 bevat een opsomming van boedelvorderingen, waarbij als laatste categorie een restcategorie wordt genoemd van vorderingen die na de insolventverklaring zijn ontstaan, waarvan de verschuldigdheid redelijkerwijs aan de boedel behoort te worden toegerekend (lid 2 sub (k)). Art. 5.2.1 noemt onder de insolventievorderingen (lid 1 sub (c)) vorderingen die na de insolventverklaring zijn ontstaan en waarvan de verschuldigdheid in redelijkheid aan de periode vóór de insolventverklaring kan worden toegerekend. Met deze bepalingen beoogt het Voorontwerp de tendens in de jurisprudentie van de Hoge Raad te keren om het begrip boedelschuld/-vordering ruimhartig te hanteren. Naar de mening van de Commissie is dat streven terecht, omdat (1) de ruime hantering van het begrip boedelschuld met name in gevallen waarin de curator geen wezenlijke invloed op het ontstaan ervan kon uitoefenen de voorrangsbehandeling van die schulden niet rechtvaardigt, omdat (2) deze rechtspraak tezamen met de hiervoor genoemde bepaling met betrekking tot het loon ertoe leidt dat veel actiefrijke boedels alleen verdeeld worden onder de aldus tot boedelschuld “gepromoveerde” schulden en daarbij het stelsel van verificatie en betwisting buiten werking is gesteld en omdat (3) deze schulden niet kunnen worden geëcarteerd in een akkoord. Ook ten aanzien van de oneigenlijke boedelschulden streeft het Voorontwerp terecht een beperking na. Loon verschuldigd na de insolventverklaring is nog slechts boedelvordering indien de betreffende arbeid met instemming van de bewindvoerder is verricht (art. 5.1.1.-2(f)). Huur is nog slechts boedelschuld indien de bewindvoerder het gehuurde gebruikt (art. 5.1.1.-2(e)). De beperking ten aanzien van het loon is gerechtvaardigd, mits de werknemer verzekerd is van doorbetaling van zijn loon gedurende de opzegtermijn in de insolventieprocedure omdat deze verplichting dan door de uitvoeringsinstantie van de Loongarantieregeling wordt overgenomen. Voor de werknemer hoeft in dat geval in dit opzicht niet langer als persona miserabilis een bijzondere regeling getroffen te worden. Bij de vraag of het loon boedelschuld is gaat het dan immers om het belang van de uitvoeringsinstantie en niet van de werknemer. Ook ten aanzien van huur is in het Voorontwerp naar ons oordeel terecht niet langer een uitzonderingspositie opgenomen: huur levert in het Voorontwerp slechts een boedelschuld op indien de bewindvoerder van het gehuurde gebruik maakt.

Een tweede probleem rond boedelvorderingen wordt veroorzaakt door het verschijnsel van de negatieve boedel. In sommige gevallen is het actief van de boedel niet toereikend om alle boedelvorderingen te voldoen. In dat geval rijst de vraag welke rangorde tussen de boedelvorderingen zou moeten gelden. Onder de huidige Faillissementswet komt deze situatie regelmatig voor doordat in veel faillissementen met werknemers aanzienlijke en onvermijdelijke loonboedelschulden ontstaan en omdat de Hoge Raad het begrip

boedelschuld ruim toepast. Onder het Voorontwerp zouden deze gevallen teruggedrongen moeten kunnen worden, omdat loon in een beperkter aantal gevallen een boedelvordering oplevert en omdat het begrip boedelvordering wordt beperkt. Niettemin zullen ook onder de nieuwe regeling negatieve boedels voorkomen. In het buitenland, waar reeds beperktere regimes gelden, treft men vooral negatieve boedels aan indien eerst een poging is gedaan tot voortzetting en reorganisatie van de onderneming binnen dezelfde rechtspersoon en deze poging is gestrand. Vaak zijn dan aanzienlijke boedelvorderingen ontstaan en het resterend actief is ontoereikend om de liquidatiekosten die nog gemaakt moeten worden te voldoen en soms zelfs om de reeds ontstane boedelvorderingen te voldoen. In het Voorontwerp is art. 5.1.2 opgenomen over de negatieve boedel, dat kennelijk ontleend is aan het arrest HR 28 september 1990, NJ 1991, 305 (De Ranitz q.q./Ontvanger). Het komt erop neer dat voor de rangorde tussen boedelvorderingen wordt aangesloten bij het wettelijk stelsel voor de rangorde voor insolventievorderingen, met dien verstande dat executiekosten tot maximaal de opbrengst van het geëxecuteerde goed en het salaris en de verschotten van de bewindvoerder voorrang hebben. Die volgorde biedt echter geen adequate oplossing voor een negatieve boedel. Indien de bewindvoerder met een negatieve boedel wenst dat een derde diensten verricht ten behoeven van de afwikkeling zal hij die derde met voorrang boven de andere boedelschuldeisers moeten kunnen betalen. Zou hij hem immers slechts kunnen beloven dat hij pro rata met de andere boedelschuldeisers betaald wordt, dan zal de derde niet gauw geneigd zijn een contract met de bewindvoerder te sluiten. Buiten insolventie geldt dat als de schuldenaar ontoereikend verhaal biedt en nieuwe kosten gemaakt moeten worden, een insolventie kan worden geopend en de kosten die vervolgens gemaakt dienen te worden boedelvorderingen zijn en aldus voorrang hebben boven de oudere vorderingen. De rechtvaardiging voor de voorrang van boedelvorderingen is ook dat de nieuwe schulden worden gemaakt ten behoeve van het verhaal voor de oudere schulden. Voor het hier besproken probleem van de negatieve boedel zijn door de schrijvers diverse oplossingen aangedragen, doch de toelichting op het Voorontwerp gaat hier verder niet op in. Zoals gezegd biedt het Voorontwerp geen bevredigende oplossing. Een oplossing zou bijvoorbeeld kunnen zijn dat jongere boedelschulden voorrang hebben boven oudere boedelschulden. De rechtvaardiging hiervoor is dat nieuwe kosten steeds in beginsel worden gemaakt ten behoeve van de vereffening voor de reeds bestaande (boedel)schuldeisers. Van eenzelfde uitgangspunt gaat de regeling van kosten van behoud uit (art. 3:284-2 BW), de regeling van hulploon (art. 8:213-2 jo 8:211 sub c BW) en van de bijdrage in de averij grosse (art. 8:222-1 jo 224-1 BW). Zie ook art. 8:834-1 BW.

Een bijzonder probleem bij de negatieve boedel wordt gevormd door de onverschuldigde betaling. De Hoge Raad heeft in een drietal arresten (HR 5 september 1997, 1998, 437 (Ontvanger/Hamm q.q.), HR 7 juni 2002, NJ 2002, 608 (Komdeur q.q./Nationale Nederlanden) en HR 8 juni 2007, NJ 2007, 419 (Van der Werff q.q./BLG)) beslist dat indien een derde abusievelijk een bedrag overmaakt op een rekening van de boedel en de boedelschuldeisers diens gevolge zijn verrijkt, deze verrijking ongerechtvaardigd is en het bedrag derhalve met voorrang dient te worden terugbetaald. De Staatscommissie stelt in de toelichting op art. 5.1.2 ernstige aarzeling te hebben bij de door de Hoge Raad uitgezette lijn, maar de enige onderbouwing die zij voor haar aarzeling geeft is dat ook in een ander geval – namelijk wanneer de bewindvoerder opzettelijk een onrechtmatige daad heeft gepleegd-

plaats zou kunnen zijn voor een bijzondere voorrangsregel. De Commissie ziet hierin onvoldoende reden om de door de Hoge Raad uitgezette lijn in het Voorontwerp te negeren.

De Faillissementswet bepaalt in art. 108 dat de rechter-commissaris binnen twee weken nadat de faillietverklaring in kracht van gewijsde is gegaan een verificatievergadering uitschrijft. Deze vergadering dient ertoe een aantal beslissingen te nemen, zoals een beslissing omtrent voortzetting van de onderneming en een beslissing omtrent instelling van een crediteurencommissie en voorts om vast te stellen welke vorderingen als erkend of betwist aangemerkt dienen te worden. Omtrent betwiste vorderingen dient vervolgens geprocedeerd te worden, doorgaans hetzij in een renvooiprocedure, hetzij in een reeds aanhangige procedure. De bepaling van art. 108 Fw is een dode letter. Vrijwel nooit schrijft de rechter-commissaris binnen de termijn van twee weken een verificatievergadering uit. Heel vaak vindt deze pas jaren later plaats. De voornaamste reden hiervoor is waarschijnlijk dat het weinig zin heeft om allerlei procedures op te starten over erkenning van vorderingen als nog helemaal niet duidelijk is of wel enige uitkering gedaan kan worden. In art. 5.3.1 van het Voorontwerp wordt thans voorgesteld dat de rechter-commissaris binnen vier weken nadat de beschikking van insolventverklaring in kracht van gewijsde is gegaan en de afkoelingsperiode is geëindigd, een verificatievergadering uitschrijft. De toelichting op het Voorontwerp voert in dit verband aan dat na ommekomst van de termijn meestal wel voldoende zicht zal bestaan op de vraag of een uitkering kan worden gedaan en dat aldus voldoende voortgang wordt gehouden in de afwikkeling van de insolventie.

De Commissie is door deze argumentatie niet overtuigd. De praktijk leert dat het vaak geruime tijd duurt voordat voldoende zekerheid bestaat of een uitkering aan de insolventiecrediteuren gedaan zal kunnen worden. Dat is nu juist de reden waarom de termijn van art. 108 Fw niet wordt nageleefd. De gevallen waarin dienaangaande reeds wel bij aanvang duidelijkheid bestaat zijn de kleine insolventies en insolventies waarin alle activa in zekerheid zijn gegeven. In die gevallen staat bij aanvang nu juist vast dat geen verificatie zal hoeven plaats te vinden, maar dat de insolventie uiteindelijk zal kunnen worden opgeheven bij gebrek aan baten. De Commissie is dan ook van mening dat een bepaling die verplicht tot het verifiëren van de vorderingen aan het begin van de insolventieprocedure er alleen maar toe zal leiden dat nodeloos werk verricht zal moeten worden, omdat hetzij voorafgaand aan de verificatie moet worden uitgezocht of ingediende vorderingen voldoende robuust zijn, hetzij zekerheidshalve allerlei vorderingen dan maar betwist worden die dan later weer moeten worden geschikt. Zie over dit onderwerp ook J.J. van Hees, Verificatie van vorderingen en de renvooiprocedure, in: Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd, blz. 119 e.v.⁴⁰

Het voorgaande neemt niet weg dat het van belang is dat kort na opening van de insolventieprocedure een schuldeiservergadering plaatsvindt waarin belangrijke beslissingen genomen worden met betrekking tot de insolventieprocedure. Met name kan van belang zijn dat de schuldeisers beslissen of zij bereid zijn het risico van voortzetting van de onderneming en een op reorganisatie gerichte behandeling te nemen. Zo'n schuldeiservergadering kan echter losgekoppeld worden van verificatie van de

⁴⁰ Ars Aequi Libri: Nijmegen 2008

insolventievorderingen. Onder de huidige surseanceregeling stemmen de schuldeisers over de definitieve surseanceverlening zonder dat hun vorderingen zijn geverifieerd. Ingeval van betwisting beslist de rechter-commissaris of en tot welk bedrag de betreffende schuldeiser tot de stemming wordt toegelaten. Die beslissing hoeft niet te prejudiciëren op de uiteindelijke beslissing omtrent erkenning ten behoeve van de uitdeling. Een dergelijke regeling zou ook gehanteerd kunnen worden voor schuldeisersvergaderingen in de nieuwe insolventieprocedure die voorafgaan aan de verificatievergadering.

Een tweede bijzonderheid omtrent de verificatievergadering is dat de rechter-commissaris kan afzien van het houden van een echte verificatievergadering en kan bepalen dat de ingediende vorderingen als geverifieerd kunnen worden beschouwd voor zover zij blijken de door de bewindvoerder opgestelde lijst worden goedgekeurd. Iedere schuldeiser kan echter binnen een door de rechter-commissaris te bepalen termijn het houden van een verificatievergadering alsnog afdwingen door de rechter-commissaris daarom te verzoeken (art. 5.3.3). Hij kan dan ook de ingediende vorderingen betwisten. Voor het akkoord geldt een soortgelijk piepsysteem (art. 6.2.5 en 6.2.6). Volledigheidshalve zij opgemerkt dat waar het Voorontwerp in de eerste zin van art. 5.3.3. lid 1 de woorden “als geverifieerd zullen gelden” hanteert, kennelijk bedoeld is “als erkend zullen gelden”. Met name in kleinere insolventieprocedures zal het voorgestelde piepsysteem tot een efficiëntere afhandeling kunnen leiden. In grotere insolventieprocedures met grotere belangen zal aan het houden van een verificatievergadering doorgaans wel niet ontkomen kunnen worden.

Een belangrijke voorgestelde wijziging houdt in dat te laat ingediende vorderingen niet in een later stadium alsnog geverifieerd kunnen worden. Onder de Faillissementswet geldt dat indien vorderingen te laat zijn ingediend om in de verificatievergadering geverifieerd te worden, de schuldeiser later alsnog zijn vordering zal kunnen doen verifiëren, hetzij in een bijzondere schuldeiservergadering ex art. 178 Fw, hetzij door verzet te doen tegen de gedeponeerde uitdelingslijst ex art. 186 Fw. In het stelsel van het Voorontwerp stelt de rechter-commissaris de dag vast waarop de insolventievorderingen ingediend moeten zijn. Deze dag dient minstens veertien dagen voor de verificatievergadering te liggen. Vorderingen die na die datum doch uiterlijk twee dagen voor de verificatievergadering worden ingediend kunnen alsnog geverifieerd worden doch als daartegen bezwaar wordt gemaakt beslist de rechter-commissaris of de indiening wordt toegelaten. Vorderingen die minder dan twee dagen voor de verificatievergadering worden ingediend worden niet geverifieerd. Vorderingen waarvan aldus de verificatie wordt geweigerd of die helemaal niet voor de verificatievergadering zijn ingediend kunnen niet meer later geverifieerd worden en de betreffende schuldeiser kan geen uitkering uit de insolventieprocedure ontvangen (aldus ook de toelichting op art. 5.3.18). Dat heeft verstrekkende gevolgen. Betreft de insolventieprocedure een rechtspersoon en wordt geen akkoord aangeboden dan zal de rechtspersoon na de slotuitdeling ophouden te bestaan. De schuldeiser zal dan dus nooit meer betaling van de schuldenaar ontvangen. Gaat het om de insolventie van een natuurlijk persoon dan zal deze doorgaans eindigen met restschuldbevrijding (art. 6.4.1.) en zal de schuldeiser dus ook nooit meer betaling van de schuldenaar ontvangen. In de gevallen waarin de schuldeiser tijdig van de insolventieprocedure en de verificatievergadering op de hoogte is gebracht, valt wel te verdedigen dat hij zijn recht om een uitkering te ontvangen verliest indien hij zijn vordering niet tijdig indient. Het zal echter regelmatig voorkomen dat de

bewindvoerder, die de schuldeisers moet aanschrijven (art. 5.3.2) van mogelijke vorderingen niet op de hoogte is en dat de betreffende schuldeiser ook niet van de insolventieprocedure verneemt. Denkbaar is dat de administratie van de schuldenaar niet op orde is, dat de vordering niet in de administratie voorkomt omdat hij door de schuldenaar wordt betwist en/of dat de schuldenaar de insolventievordering voor de bewindvoerder verzwijgt. Bedacht moet worden dat in geval van onbehoorlijk bestuur het bestuur van de schuldenaar-rechtspersoon aansprakelijk kan zijn voor het tekort in de insolventieprocedure (art. 8.2). Dat bestuur heeft er dan belang bij dat het tekort in de insolventieprocedure zo klein mogelijk is en als het dan door verzwijging van mogelijke insolventievorderingen deze vorderingen buiten de insolventieprocedure kan houden en aldus het tekort kan verkleinen is dat een mooie bonus op de verzwijging. Onder bijvoorbeeld het Amerikaanse recht geldt een verbod op verificatie na een bepaalde datum alleen voor schuldeisers die wel aangeschreven zijn of die anderszins tijdig op de hoogte zijn geraakt van de insolventieprocedure. De Commissie geeft een dergelijk systeem de voorkeur boven de regeling in het Voorontwerp.

TITEL 6: AFWIKKELING VAN DE INSOLVENTIE

Afdeling 6.2 – Akkoord

Opvallend in de voorgestelde regeling van het akkoord is dat, evenals in het huidige recht, de positie van aandeelhouders geheel buiten beeld blijft. Aandeelhouders hebben een positie die principieel achtergesteld is bij die van schuldeisers. Niettemin treft een akkoord in beginsel "slechts" de schuldeisers en niet de aandeelhouders. De aandeelhouders worden er zelfs beter van. Veelal zullen de schuldeisers in het kader van een akkoord afstand doen van een gedeelte van hun vorderingen. Daarmee neemt het vermogen van de vennootschap toe en krijgt de vennootschap weer perspectief. Gelet op het achtergestelde karakter van de positie van de aandeelhouders zou het voor de hand liggen hiervan niet de aandeelhouders, maar de schuldeisers profijt te laten trekken. In de praktijk gebeurt dat ook door middel van zogenaamde *debt for equity swaps*. Daarbij verkrijgen de schuldeisers nieuw uit te geven aandelen in de schuldenaar. Het belang van de bestaande aandeelhouders in de schuldenaar vermindert daardoor ten gunste van de schuldeisers.

Onder de huidige regeling is een dergelijke *debt for equity swap* alleen mogelijk met medewerking van de aandeelhouders. Het gevolg daarvan is dat de bestaande aandeelhouders een deel van de baten van een akkoord voor zich opeisen. Zij zullen alleen met de uitgifte van aandelen aan schuldeisers in het kader van een akkoord instemmen indien zij zelf een substantieel belang in de schuldenaar blijven behouden.

Het zou volgens de Commissie de voorkeur hebben en het zou de totstandkoming van een akkoord ook kunnen vergemakkelijken, indien de mogelijkheid zou bestaan om bij een akkoord het bedrag van de bestaande aandelen tot nihil terug te brengen en zonder de instemming van de bestaande aandeelhouders nieuwe aandelen uit te geven. Het verdient naar de mening van de Commissie verder aanbeveling dat een dergelijk akkoord in fiscaalrechtelijke zin wordt aangeduid als een liquidatie, zodat aandeelhouders met een deelnemingsvrijstelling hun verlies fiscaalrechtelijk kunnen nemen (art. 13d Wet op de vennootschapsbelasting 1969).

De Commissie beveelt ook aan dat de mogelijkheid wordt onderzocht om in samenhang met de mogelijkheid van een *debt for equity swap*, nadat een periode van exclusiviteit voor de schuldenaar ongebruikt of zonder succes is verstreken, de schuldeisers in staat te stellen om een akkoord aan te bieden. Het gegeven dat de schuldenaar-vennootschap als enige een akkoord kan aanbieden geeft nu eenmaal weinig prikkels om de schuldeisers de beste oplossing aan te bieden en "concurrentie" kan op dit punt de drang tot reorganisatie sterkere impulsen bieden.

Afdeling 6.3 - Uitdelingen

De belangrijkste wijziging in dit kader is te vinden in art. 6.3.2 lid 1. Op grond hiervan zullen preferente crediteuren tweemaal zoveel gaan ontvangen als concurrente crediteuren. Blijkens de toelichting worden twee argumenten voor deze wijziging aangevoerd: enerzijds wordt aangesloten bij de huidige wettelijke regeling inzake schuldsaneringen en anderzijds wordt genoemd het argument van de Staatscommissie om zo weinig mogelijk preferenties te

hebben. Het eerste argument overtuigt en is consistent. Op het tweede argument valt naar het oordeel van de Commissie het nodige af te dingen: indien de wens bij de Staatscommissie leeft om het aantal preferenties te verkleinen, ligt het eerder voor de hand om de wetgeving in die zin te wijzigen en preferenties te schrappen. Kennelijk vond de Staatscommissie het niet binnen haar opdracht vallen om op dat punt voorstellen te doen.

Een niet te vermijden praktisch gevolg van het invoeren van art. 6.3.1 lid 1 zal naar het oordeel van de Commissie zijn dat er, meer dan nu, verificatievergaderingen moeten worden gehouden en dat daardoor dus meer werk(-druk) voor rechtbanken en bewindvoerders zal ontstaan. Gemiddeld genomen zullen dus de afwikkelingskosten van insolventies (boedelschulden) gaan stijgen, zodat het maar zeer de vraag is of het feitelijk gevolg van deze wetwijziging zal zijn dat concurrente crediteuren meer gaan ontvangen dan thans het geval is.

Als de wens van de Staatscommissie is om de daadwerkelijk uit te keren bedragen aan concurrente schuldeisers te laten toenemen, dan zal naar het oordeel van de Commissie op een andere wijze wettelijk moeten worden ingegrepen: het verdergaand afschaffen van preferenties ligt dan meer voor de hand, alsmede het nog verder terugdringen van boedelschulden.

Terzijde zij in dit kader opgemerkt dat het gevolg van het invoeren van deze regeling onder meer is dat de opbrengst van de zogenaamde bodemzaken alsdan niet meer - na omslag van de faillissementskosten - bij de fiscus terecht zal komen, doch ook deels ten goede zal komen aan de overige (al dan niet preferente) crediteuren.

Een - wellicht - onbedoeld effect van de invoering van deze regeling is voorts dat laag gerangschikte preferente crediteuren - in de praktijk veelal ex-werknemers - hun verhaalsmogelijkheden ernstig zien verkleinen. Uitgaande van de gedachte dat de betrokken laagpreferente crediteur niet voor niets die bescherming wettelijk is toegekend, rijst de vraag of het billijk is dat diens rechtspositie op deze wijze wordt verzwakt.

In dit kader zij eveneens opgemerkt dat de "doorsnee" concurrente crediteur een bedrijf is dat vaak beschikt over een professionele debiteurenafdeling en normaal gesproken derhalve in staat moet zijn haar eigen belangen in termen van insolventierisico's van haar debiteuren te behartigen. De vraag kan derhalve worden gesteld of het noodzakelijk is in dit kader de rechtspositie van de concurrente crediteuren op deze wijze te verbeteren.

De waarschijnlijke gevolgen van deze wetwijziging overziende, te weten enerzijds de zekerheid dat de werkdruk en de daarmee gepaard gaande boedelkosten zullen toenemen en anderzijds de waarschijnlijkheid dat de uit te keren bedragen voor concurrente crediteuren veelal niet zullen stijgen dan wel, indien ze stijgen, zeer gering zijn, is de Commissie van mening dat dit onderdeel van het Voorontwerp niet moet worden ingevoerd.

Zoals hiervoor al is opgemerkt, is de Commissie van oordeel dat de discussie in dit kader eerder zal moeten gaan over het verder beperken en afschaffen van preferenties en boedelschulden.

Een andere opvallende wijziging betreft de afschaffing van het bepaalde in art. 186 en 191 Fw, kort samengevat, inhoudende dat crediteuren geen mogelijkheden meer hebben om na de verificatievergadering alsnog hun vordering in te dienen.

Kortheidshalve zij in dit kader verwezen naar de hiervoor reeds gegeven bespreking van Titel 5

Ook dit is een opvallende keuze; volgens de Commissie zijn er doorgaans weinig perikelen rondom verificatievergaderingen (de meeste verlopen rimpelloos), maar het voorstel tot afschaffing kan in ieder geval betekenen dat in grotere en complexe insolventieprocedures de huidige artt. 186 en 191 Fw gemist zullen worden. Vanuit de boedel geredeneerd kan immers het probleem ontstaan dat het veel tijd kost om intercompany-verhoudingen binnen concerns te ontrafelen, met name ook in gevallen waarbij gerechtelijke procedures worden gevoerd jegens externe hoofdelijke schuldenaren. De voorgestelde regeling dwingt naar het oordeel van de Commissie ertoe dat verificatievergaderingen worden uitgesteld totdat alle vorderingen in dit soort kaders uitgekristalliseerd zijn. Op zichzelf behoeft dat geen bezwaar te zijn mits tijdig alle gegevens met betrekking tot de in te dienen vorderingen worden vergaard en dan min of meer informeel met de betreffende crediteuren worden vastgesteld. Een dergelijke gang van zaken wringt met het uitgangspunt van het Voorontwerp, dat de verificatievergadering binnen 4 weken wordt vastgesteld.

In dit kader volstaat de Commissie nog met een tweetal opmerkingen:

De twee argumenten die voor de afschaffing van de artt. 186 en 191 Fw worden aangevoerd, zijn enerzijds dat de afschaffing leidt tot een meer doelmatige afwikkeling van faillissementen, waarbij de Commissie zich iets kan voorstellen, en anderzijds onnodig “tactisch” gedrag van belanghebbenden wordt voorkomen. Het laatste argument wordt in de toelichting niet nader omschreven. Het is de Commissie dan ook niet duidelijk waarop de Staatscommissie in dit kader doelt.

Een andere relevante wijziging is het voorstel om de positie van de preferente crediteuren (lees: met name uiteraard de fiscus en de uitvoeringsinstantie van de sociale verzekeringswetten (UWV)) te veranderen in die voege dat deze vorderingen voortaan ook dienen te worden geverifieerd. De Commissie deelt de opvatting van de Staatscommissie dat in dat kader dan ook de bezwaar- en beroepstermijnen en -procedures met betrekking tot dit soort vorderingen dienen te worden geharmoniseerd met het verificatieproces.

Afdeling 6.4 - Beëindiging van de afdwingbaarheid van vorderingen

De meest in het oog springende bepaling is naar de mening van de Commissie het voorstel om de beslissing over de “verschoonbaarheid” te nemen aan het einde van de insolventieprocedure. Blijkens de toelichting is hiervoor gekozen, omdat de rechter aan het einde van die insolventieprocedure beter kan overzien en dus beter het oordeel kan funderen om die verschoonbaarheid al dan niet toe te kennen.

In dit kader moet ook worden opgemerkt dat het voorstel ervan uitgaat dat de te verstrekken schone lei ook betrekking heeft op boedelvorderingen. Dat is een wijziging ten opzichte van de huidige wet. Dit voorstel is weliswaar fraai voor de schuldenaar maar minder fraai voor de bewindvoerder. Wie betaalt dan de veerman?

Gegeven het feit dat schuldsaneringen nu al niet erg aantrekkelijk zijn voor bewindvoerders wanneer deze niet werken bij een kredietbank, komt het de Commissie voor dat de aantrekkelijkheid nog verder afneemt. De vraag is of dat een gewenst gevolg is. De Commissie neemt daarom aan dat aansluiting zal worden gezocht bij het huidige vergoedingssysteem voor bewindvoerders, opdat deze ook in "lege" boedels een fatsoenlijke vergoeding voor de werkzaamheden ontvangen.

In dit kader behoeft nog bespreking het bepaalde in art. 6.4.4 lid 2: de huidige systematiek, te weten de standaardtermijn van drie jaar blijft intact. De vraag rijst of deze periode niet te lang is. De Commissie meent dat in de huidige praktijk deze lange termijn vaak voor onnodige problemen in termen van tijdsbeslag en kosten blijft zorgen voor bewindvoerders en rechtbanken.

TITEL 7. VOORZIENINGEN BUITEN INSOLVENTIE

Op dit onderdeel is sprake van een geheel nieuwe wettelijke regeling waarbij onder meer een poging tot codificatie wordt gewaagd van een inmiddels bestaande saneringspraktijk buiten insolventie die naar de Commissie meent, redelijk goed functioneert.

Opvallend is de keuze van de Staatscommissie om in dit kader de aanstelling van een stille bewindvoerder facultatief te houden. De rechtbank is daartoe dus niet verplicht. De Commissie kan zich voorstellen dat de rechtbank zoiets niet terstond doet wanneer de schuldenaar een adviseur heeft ingeschakeld die boven elke redelijke verdenking in termen van partijdigheid is verheven, bijvoorbeeld de plaatselijke kredietbank. Met professionele adviseurs zal dat wel anders liggen en de Commissie neemt aan dat de rechtbank onder het motto "safety first" wel snel min of meer standaard zal besluiten een stille bewindvoerder aan te stellen om op die manier grip te krijgen op de kwaliteit van het aangeboden akkoord (art. 7.1.9).

Te verwachten valt dat ook deze nieuwe regeling de nodige werklast zal veroorzaken voor de rechtbanken. Of dat wordt gecompenseerd door uiteindelijk een lagere instroom aan insolventiezaken is maar de vraag, zeker als het akkoord buiten insolventie een groot succes wordt.

Afdeling 7.1 – Akkoord buiten insolventie

Art. 7.1.1: het criterium is dat de schuldenaar niet zal kunnen voortgaan met het betalen van zijn opeisbare schulden. Blijkens de toelichting moet er sprake zijn van ernstige betalingsproblemen. Het criterium lijkt de Commissie concreet genoeg, waarbij, zo leert toch

ook de praktijk, geldt dat een schuldenaar niet te snel zal kiezen voor zo'n schuldsanering.

Het tweede element dat in dit kader bespreking behoeft, betreft de zinsnede "aan zijn schuldeisers". Blijkens de toelichting is het niet noodzakelijk dat alle schuldeisers in een sanering worden betrokken. Het onderhands akkoord zal alleen degenen binden die door de schuldenaar zijn aangeschreven. In dat opzicht is deze regeling dus fraudegevoelig en zal er, zo meent de Commissie, wel heel vaak door de rechtbank een stille bewindvoerder worden benoemd om te toetsen of het akkoord in dat opzicht de toets der kritiek kan doorstaan.

Als de Commissie de toelichting goed begrijpt, is het mogelijk om deze schuldsanering van toepassing te laten zijn op een bepaalde of beperkte groep crediteuren mits – uiteraard – dat met open vizier geschiedt, opdat de crediteuren aan wie een verzoek tot schuldsanering wordt gedaan dat in hun overweging om voor het akkoord te stemmen, kunnen meewegen.

Het voordeel van de regeling is uiteraard dat aldus aan de praktijk veel flexibiliteit wordt geboden om met zo'n deelsanering een in financiële problemen geraakte (rechts-)persoon te kunnen saneren.

Artikel 7.1.17 – Gekwalificeerde meerderheid

Het bepaalde in art. 7.1.17 geeft de rechter-commissaris een uitgebreide mogelijkheid om ingeval crediteuren zonder goede grond een akkoord saboteren, deze binnen de grenzen van dat artikel toch aan het akkoord te binden.

Al met al is de indruk van de Commissie dat deze regeling in de praktijk een welkome aanvulling is, ook al zijn de bevoegdheden van een stille bewindvoerder om in te grijpen in het bedrijfsproces van een schuldenaar of om schuldeisers van het lijf te houden zeer beperkt, namelijk alleen in een aantal limitatief opgesomde gevallen voor schuldenaren/natuurlijke personen (art. 7.2.3 bijzondere voorzieningen).

De Staatscommissie gaat er blijkens de toelichting van uit dat met het invoeren van deze rechtsfiguur de zogenaamde pr-schade voor de te saneren schuldenaar beperkt blijft. Men kan zich dat afvragen. Het enkele feit dat een schuldsanering niet in een krant wordt gepubliceerd betekent uiteraard niet dat de relevante "omgeving" geen kennis zal dragen van deze sanering, integendeel. De crediteuren worden immers benaderd zodat in de relevante markt normaal gesproken bekend zal zijn dat het betreffende bedrijf met een sanering bezig is. Reputatieschade lijkt onvermijdelijk.

Afdeling 7.2 – Benoeming van een stille bewindvoerder

In het hier voorafgaande is al een aantal aspecten van de stille bewindvoerder besproken. Volstaan wordt met een kanttekening bij één artikel:

Artikel 7.2.3 – Bijzondere voorzieningen

Hierin is in lid 5 geregeld dat voorzieningen die op verzoek van de bewindvoerder door de rechter zijn gelast, tussentijds kunnen worden ingetrokken. Dit leidt tot onzekerheid. De Commissie vraagt zich af waarom niet kan worden bepaald dat een eenmaal getroffen voorziening voor een bepaalde tijd ook die tijdsperiode van kracht blijft.

Afdeling 7.3 - Schuldbegeleiding na insolventie

Ook deze afdeling is een novum. Deze afdeling lijkt op de huidige WSNP-regeling in de Faillissementswet. Krachtens deze nieuwe regeling, in samenhang met het bepaalde in art. 6.4.4, krijgt de schuldenaar “een tweede kans” om zich in te spannen om in aanmerking te komen voor de beëindiging van de afdwingbaarheid van vorderingen. Kennelijk is de gedachte dat de term “schuldbegeleiding” beter zal vallen dan de kwalificatie “insolvent”. De Commissie vraagt zich af of deze schuldbegeleiding in insolventie niet te veel van het goede is en niet volstaan kan worden met de nieuwe regeling zoals omschreven in afdeling 6.4.

TITEL 8. AANSPRAKELIJKHEID VAN BESTUURDERS VAN RECHTSPERSONEN

In de huidige Faillissementswet is geen regeling omtrent de aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen opgenomen. De specifieke bestuurdersaansprakelijkheid is geregeld in de artt. 2:138 en 2:148 BW dan wel wordt aansprakelijkheid van bestuurders gebaseerd op art. 2:9 BW of art. 6:162 BW. Het Voorontwerp haalt nu art. 2:138 en art. 2:148 BW uit het BW en brengt die over in het Voorontwerp.

De vraag is welke noodzaak er is om de bestuurdersaansprakelijkheid over te hevelen naar het Voorontwerp. Men zou zeggen dat er eerder een nadeel aan kleefte omdat de bepaling dan uit het verband van boek 2 BW wordt getrokken. Bovendien kiest het Voorontwerp er uitdrukkelijk voor om de aansprakelijkheid van commissaris in de artt. 2:149 en 2:259 BW te laten staan. Het argument daarvoor is dat die artikelen bijvoorbeeld art. 2:9 BW van overeenkomstige toepassing verklaren op de taakvervulling door de Raad van Commissarissen. Dat overtuigt niet. Waar het bovendien zo is dat van aansprakelijkheid van commissarissen bijna altijd pas gesproken kan worden, wanneer bestuurders aansprakelijk zijn, lijkt het juist voor de hand liggen om de bestuurdersaansprakelijkheid in boek 2 BW te laten staan.

Het Voorontwerp heeft als één van de belangrijkste doelstellingen dat het reorganiserend vermogen groter wordt dan onder de Faillissementswet het geval is. Om die doelstelling te bereiken is het nodig dat enerzijds, als de insolventiestatus is ingegaan, maatregelen genomen kunnen worden die conservatoir van aard zijn en de liquiditeit vergroten, doch anderzijds dat het moment van insolventie als het ware wordt vervroegd ten opzichte van hetgeen onder de Faillissementswet normaal gesproken het geval is. Conservatoire bepalingen vindt men in het Voorontwerp terug, doch bepalingen, die het moment daadwerkelijk vervroegen zijn er eigenlijk niet, zij het dat art. 8.1 dat beoogt. In het kader van de bestuurdersaansprakelijkheid geeft het Voorontwerp aan dat is afgezien van het invoeren

van een vermogenstoets zoals in Duitsland is opgenomen in de Überschuldungsregelung, en verwijst men naar de liquiditeitstoets, die in het nieuwe art. 2:216 BW, met name het derde lid, in wetsvoorstel 31058 tot vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht is opgenomen. Jammer genoeg wordt slechts daarnaar verwezen, maar wordt er geen koppeling gemaakt met art. 2:10 BW, de boekhoudplicht (beter: administratieplicht).

In de huidige maatschappij is een transparante administratie van essentieel belang om een onderneming te kunnen besturen. Immers, ondernemingen plegen meer dan ooit op basis van kasstromen te worden gemanaged. De tijd van lange balansen is voorbij. Veel activa worden geleased, terwijl onroerend goed bijna niet meer op de balans van een onderneming te vinden is. Dat betekent dat een hapering in de geldstromen eerder tot insolventie kan leiden dan vroeger het geval was. Om dat proces van inkomende en uitgaande kasstromen te bewaken is een uitstekende administratie, waaruit te allen tijde de rechten en verplichtingen te kennen zijn, vereist. Het zou dan ook aangewezen zijn om dit aspect juist in het kader van het eerder ontdekken van de financiële problemen in het kader van de aansprakelijkheid uit te diepen. Waar administratieplicht is geregeld in art. 2:10 BW is er dan des te minder reden voor om de bestuurdersaansprakelijkheid juist uit boek 2 BW te lichten.

Daar komt bij dat gezien de recente rechtspraak van de Hoge Raad (30 november 2007, NJ 2008/91) een duidelijker afbakening (wellicht een scherpere) ten aanzien van de aansprakelijkheid ten gevolge van het niet voldoen aan de administratieplicht op zijn plaats zou zijn. Immers, de Commissie meent dat het niet tijdig voldoen aan de publicatieplicht enerzijds wel erg streng gestraft wordt met aansprakelijkheid ex art. 2:138/248 BW, doch dat zulks niet geldt voor het niet voldoen aan de administratieplicht. In veel gevallen is het niet voldoen aan de administratieplicht inherent aan het niet beheersen van risico's, het nemen van onverantwoorde beslissingen en het niet tijdig ingrijpen wanneer de zaak fout dreigt te lopen. Het formele criterium van de publicatie zou wat betreft de Commissie mogen vervallen, doch het inhoudelijke criterium van het voldoen aan de administratieplicht zou des te meer gewicht moeten krijgen. Dat zou in combinatie met de liquiditeitstoets van art. 2:216 BW tot een eerder ingrijpen in een afglijdende onderneming kunnen leiden.

Artikel 8.1 – Nalaten van passende maatregelen

Hier wordt volgens de toelichting de Beklamel-norm gecodificeerd. De Hoge Raad heeft in het arrest Beklamel overwogen dat het gaat om de vraag of de bestuurder van een rechtspersoon bij het aangaan van de overeenkomst als directeur wist, of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de schuldenaar-rechtspersoon niet, of niet binnen een redelijke termijn, aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die de wederpartij ten gevolge van die wanprestatie zou lijden.

Het Voorontwerp stelt dat die norm hier is vastgelegd, doch volgens de Commissie heeft de tekst van het Voorontwerp een veel ruimere betekenis. Immers, het doorslaggevende criterium wordt in art. 8.1 de vraag of de bestuurder weet of redelijkerwijze behoort te begrijpen dat de rechtspersoon heeft opgehouden te betalen of met het betalen van zijn op dat tijdstip opeisbare schulden redelijkerwijze niet zou kunnen voortgaan.

De Commissie begrijpt uit de toelichting dat hiermee niet alleen beoogd wordt een zekere bescherming te geven aan schuldeisers die het slachtoffer zijn van een te laat ingediend verzoek, maar dat men ook beoogt te bevorderen dat de schuldenaar tijdig de insolventverklaring verzoekt of andere passende maatregelen treft. Zie het commentaar onder 8.2 lid 1. De werking van de norm leidt tot bescherming van een veel breder spectrum van schuldeisers zonder dat, zo blijkt uit de toelichting, van generieke schuldeisersbenadeling sprake hoeft te zijn. De vraag is of dit tot meer duidelijkheid en dus een grotere rechtszekerheid leidt.

Niet duidelijk is waarom deze aansprakelijkheid zich zou beperken tot verplichtingen die na het in het artikel bedoelde tijdstip zijn aangegaan. Reeds op grond van de nu geldende jurisprudentie kan worden aangenomen dat er ook een aansprakelijkheid kan ontstaan ten aanzien van doorlopende verplichtingen voor zover deze na het bedoelde tijdstip ontstaan. Het artikel kan beter worden geschrapt. Het codificeren van een in de jurisprudentie ontwikkelde rechtsnorm belemmert een verdere rechtsontwikkeling terwijl voor een dergelijke codificatie in dit geval geen goede reden te vinden is.

Het Voorontwerp spreekt van aansprakelijkheid van de bestuurder voor de nadien door de rechtspersoon aangegane verplichtingen, terwijl het nu zo is, dat alleen van aansprakelijkheid voor de schade sprake is.

De Commissie meent dat dit artikel hier dus niet veel nuttigs toevoegt. Volgens de toelichting zou nog van extra belang zijn dat, ingeval van generieke schuldeisersbenadeling, die eveneens onder art. 8.1 valt te brengen, op basis van de artt. 3.2.8 en 3.2.9 de vordering exclusief aan de bewindvoerder zal toekomen. Dat moge zo zijn, doch dat is nu ook al zo volgens Verstijlen op basis van art. 68 Faillissementswet.⁴² Daarvoor is overheveling naar het Voorontwerp dus niet nodig.

Artikel 8.2 - Hoofdelijke aansprakelijkheid bestuurders voor tekort

Als gezegd, de Commissie meent dat de vordering ex art. 2:138/248 BW bij voorkeur in het BW thuishoort, hoewel de exclusieve bevoegdheid van de bewindvoerder om de vordering in te stellen aanleiding kan geven tot een regeling in het Voorontwerp. Maar deze bepaling heeft ook diverse connecties met boek 2. De connectie geldt niet alleen voor art. 2:10 BW en art. 2:394 BW, maar ook voor art. 2:93/203 lid 4 BW, dat zich richt tot de oprichter. Blijkens art. 8.2 lid 9 is het de bedoeling dat ook deze bepaling wordt overgeplant naar het Voorontwerp. Uit de aard van de bepaling van art. 2:9 BW volgt dat die in boek 2 blijft staan. Omdat in de praktijk het onderscheid tussen vorderingen ex artt. 2:138/248 BW en 2:9 BW niet altijd makkelijk is te maken, is het gewenst dat vermeden wordt dat die vorderingen processueel divergeren. Immers, deze vordering valt wel onder de Insolventieverordening, doch de vordering ex art. 2:9 BW niet.

Ook het nieuwe art. 2:216 BW valt niet onder het bereik van de Insolventieverordening. Waar juist de curator in veel gevallen die vordering zal instellen loopt ook hier de procedure uiteen. Art. 2:216 BW voert bovendien de liquiditeitstoets in. Die toets heeft een nauwe binding met de administratieplicht. Men mag aannemen dat zonder een behoorlijke administratie er ook

geen behoorlijke liquiditeitstoets is te maken. Deze vorderingen horen thuis in boek 2 BW. De Commissie vraagt zich af of er dan nog een andere dwingende noodzaak is om de vordering ex art. 2:138/248 BW over te hevelen naar het Voorontwerp.

Artikel 8.2 lid 1

Materieel stemt deze bepaling overeen met het eerste lid van art. 2:138/248 BW. De Commissie vraagt zich af of in dit voorgestelde artikellid niet de mogelijkheid moet worden geschapen om de reikwijdte van art. 2:138/248 BW te verruimen. Uit de toelichting blijkt op verschillende plaatsen dat het Voorontwerp het reorganiserend vermogen van de insolventie wil verhogen door de bestuurder eerder het verzoek tot insolventverklaring te laten doen. Naar mate het zwaard der aansprakelijkheid eerder geheven wordt, zal dat verzoek ook eerder worden ingediend. Volgens een meerderheid van de Commissie zou juist in dit lid dat kunnen worden gerealiseerd door te spreken van: “...een belangrijke oorzaak is van het tekort” in plaats van “... de insolventie ...”. Die suggestie is gedaan door Timmerman en Lennarts⁴¹ Zij onderscheiden in navolging van het Duits recht: Konkursverursachungshaftung die zich voordoet wanneer een bestuurder zich schuldig heeft gemaakt aan handelingen die het faillissement hebben veroorzaakt en “Konkursverschleppungshaftung”, waarbij in feite aan de bestuurder het verwijt wordt gemaakt dat hij bij een (snel) verslechterende financiële toestand van de vennootschap deze op kosten van de crediteuren voortzet en (oplopende) schade voor oude en nieuwe crediteuren niet verhindert.

Juist een dergelijke bepaling kan de bestuurder ertoe brengen om eerder het insolventieverzoek in te dienen, namelijk op het moment dat de vennootschap nog mogelijkheden heeft om uit zichzelf liquiditeitsstromen te genereren en aldus voldoende mogelijkheden creëert om het reorganiserend vermogen vanuit de vennootschap zelf te behouden. Het Voorontwerp wijdt aan deze suggestie geen aandacht, hoewel Van Andel daar ook reeds op heeft gewezen.⁴²

Artikel 8.2 lid 2

Belangrijke wijziging is hier dat het niet langer gaat om een onweerlegbaar vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur, zoals de huidige bepaling luidt.

In de literatuur is nog al eens bezwaar gemaakt tegen de koppeling tussen de publicatieplicht en de aansprakelijkheid in faillissement.^{43,44} Die koppeling lijkt ook de Commissie ongewenst, nu daarmee verbonden is het onweerlegbaar wettelijk vermoeden. Weliswaar heeft de Hoge Raad (laatstelijk 30 november 2007, NJ 2008, 91) de gevolgen steeds verder genuanceerd, doch de koppeling aan de publicatieplicht impliceert een soort “overkill”. Waar individuele

⁴¹ Prof. mr. L. Timmerman en mr. M.L. Lennarts: Überschuldung: een zinnig idee voor het Nederlandse recht?, de Naamloze Vennootschap 75/11 november 1997 blz. 302 t/m 309.

⁴² Zie mr. Drs. W.J.M. van Andel/Prof. mr. F.M.J. Verstijlen, preadviezen 2006, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, blz. 43.

⁴³ M.J. Kroeze en J.B. Wezeman, “De openbaarmakingsplicht en de aansprakelijkheid in faillissement”, in: Verantwoording aan Hans Beckman (Beckman-bundel), Deventer: Kluwer 2006, pagina 325 e.v.

⁴⁴ B.J. de Jong, M.P. Nieuwe Weme, Publicatie van de jaarrekening (serie uitgaven vanwege het Van der Heijden instituut), Deventer: Kluwer 2006.

schuldeisers zich mogelijk kunnen beroepen op niet tijdig dan wel onjuist gepubliceerde jaarstukken, wanneer zij daarvan daadwerkelijk bij raadpleging van het Handelsregister hebben kennisgenomen, is de consequentie dat alle schuldeisers van de schending van de publicatieplicht "profiteren" in geval van faillissement, vérgaand. Men moet echter niet het kind met het badwater weggooien. Wat voor de publicatieplicht geldt, geldt naar de mening van de Commissie niet voor de administratieplicht. In de praktijk blijkt, dat waar niet aan de administratieplicht is voldaan, vaak risicovolle beslissingen worden genomen dan wel niet wordt ingegrepen, waar ingrijpen plicht was. In die zin zou er meer voor te zeggen kunnen zijn om het onweerlegbaar wettelijk vermoeden te handhaven ten aanzien van de administratieplicht en de koppeling tussen mogelijke bestuurdersaansprakelijkheid en publicatieplicht te schrappen.

Artikel 8.2 lid 4

Deze bepaling beoogt de harde consequenties van het niet naleven van de publicatieplicht en de administratieplicht te verzachten. De Commissie meent dat zulks in ieder geval voor de administratieplicht niet dient op te gaan, omdat de administratieplicht een veel bredere strekking heeft. De verplichting tot het voeren van een deugdelijke administratie heeft een rechtstreeks verband met de kwaliteit van het bestuur: zonder goede administratie is het niet mogelijk goed te besturen. Administratie impliceert, naar gelang de aard en omvang van de onderneming, adequate managementinformatie, waarvoor elke bestuurder verantwoordelijk móét zijn.⁴⁵

Artikel 8.2 lid 7

Geheel nieuw is dit artikel dat het mogelijk maakt om een schuldeiser, die "eigen schuld" heeft aan de insolventie, zoals de toelichting dat noemt, zal moeten dulden dat zijn vordering geheel of gedeeltelijk buiten beschouwing wordt gelaten. In de praktijk zou dit kunnen spelen, wanneer bijvoorbeeld naast het bestuur ook de accountant, de bank of moeder vennootschap steken heeft laten vallen en het dan onbevredigend is dat zij toch hun vordering volledig betaald krijgen. Echter, de bepaling is niet te rijmen met de beslissing van de Hoge Raad in Notaris M/Mr Gerritse q.q., HR 23.12.1994, NJ 1996, 1628.

De Commissie ziet geen goede grond om de aansprakelijkheid van de bestuurder te beperken op grond van de enkele omstandigheid dat een of meer schuldeisers onvoorzichtig zijn geweest met het verstrekken van krediet. Daarbij komt, dat een beperking van de aansprakelijkheid er alleen maar toe leidt dat álle schuldeisers minder krijgen, en niet alleen maar de schuldeisers die onvoorzichtig krediet hebben verschaft.

Artikel 8.2 lid 9

In dit artikel wordt de zogenaamde binding door de oprichter van de vennootschap aan verplichtingen in een algemenere formulering gevat dan in art. 2:93/203 lid 4 BW is gedaan. Er is ook geen koppeling met art. 2:9 BW.

⁴⁵ Zie voor een uitvoerige bespreking van het probleem, hoe het niveau van de kwaliteit van de informatie is gekoppeld aan aard en omvang van de onderneming, R.W. Starreveld, Bestuurlijke Informatieverzorging, Stenfert Kroese, 2002

Artikel 8.2 lid 10

Bepaald een verbetering is het om de regeling van overeenkomstige toepassing te verklaren op verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen aan wie een onderneming in de zin van het Handelsregisterwet toebehoort in plaats van het criterium te handhaven dat nu geldt, waarbij een vereniging of een stichting die aan vennootschapsbelasting is onderworpen, onderworpen is aan de bepalingen van art. 2:138/248 BW.

TITEL 9. CONSOLIDATIE

Het Voorontwerp opent in Titel 9 de mogelijkheid van consolidatie van insolventies. De huidige wet kent geen regeling. De Hoge Raad heeft consolidatie wel mogelijk geacht, zonder dat duidelijk is geworden wat daaronder in dat geval precies werd verstaan (HR 25 september 1987, NJ 1988, 136 m.n.t G (Zilfa)).

Consolidatie houdt volgens het Voorontwerp in een samenvoeging van de verschillende insolventieprocedures en een -naar de Commissie begrijpt- virtuele samenvoeging van activa en passiva. De activa en passiva worden aangemerkt alsof zij tot één boedel behoren. Consolidatie heeft niet tot gevolg dat de eigendom van activa van de ene schuldenaar overgaat op een andere, of dat de schuld van de ene schuldenaar wordt overgenomen door een andere. Dat betekent dat zekerheidsrechten die gevestigd zijn op activa van de ene schuldenaar, zich niet als gevolg van de consolidatie zullen uitstrekken tot de activa van de andere schuldenaar.

Daarentegen volgt uit de toelichting dat consolidatie wél de mogelijkheid opent om een schuld aan de ene schuldenaar te verrekenen met een vordering op de ander. Voor verrekening is vereist dat de te verrekenen vordering en schuld over en weer in dezelfde vermogens vallen (art. 6:127 BW). Consolidatie leidt -in de ogen van de Commissie terecht- niet tot overgang van de eigendom van activa. In het Voorontwerp wordt niet toegelicht op grond van welke redenen consolidatie verrekening van in verschillende vermogens vallende schuld en vordering wél mogelijk zou (kunnen) maken. Consolidatie zou moeten geschieden in het belang van de gezamenlijke schuldeisers van beide schuldenaren. Het ten voordele van een schuldeiser creëren van een verrekeningsrecht waar dit (met of zonder consolidatie) niet bestaat acht de Commissie in strijd met het paritas-beginsel.

Blijkens de toelichting heeft de Staatscommissie onder ogen gezien dat consolidatie nadelig kan uitpakken voor sommige (groepen van) schuldeisers. Om aan dat bezwaar tegemoet te komen kan op voet van art. 2.2.10 om een afwijkende regeling worden gevraagd. De Commissie acht deze oplossing bezwaarlijk om twee redenen. De eerste reden is dat de mogelijkheid tot het treffen van afwijkende regelingen de drempel tot consolidatie verlaagt. Consolidatie grijpt diep in in de verhoudingen tussen schuldenaren en schuldeisers en dient -zo ook de toelichting op het Voorontwerp- hoge uitzondering te zijn in die situaties waarin geen andere oplossing een redelijke uitkomst voor de gezamenlijke crediteuren biedt. De tweede reden is dat kennelijk een opening wordt geboden tot een van de wettelijke

voorrangsregels afwijkende rangregeling. Art. 2.2.10 bepaalt dat afwijkende maatregelen alleen kunnen worden gelast in het belang van de doelmatigheid van de afwikkeling. Het Voorontwerp dient duidelijk te maken dat de rechter niet kan ingrijpen in de rangorde van vorderingen.

Ook alle boedelschulden worden geconsolideerd (toelichting op art. 9.5). De Commissie ziet ernstige bezwaren: wat als de bewindvoerder in de ene insolventieprocedure een boedelkrediet is aangegaan ter financiering van de voortzetting van de onderneming, en hij dit boedelkrediet niet kan terugbetalen? Is het dan mogelijk dat door consolidatie de schuldeisers van de andere schuldenaar meedragen in het risico van het boedelkrediet? Dragen de schuldeisers in de ene boedel het risico van (feitelijke en rechts-) handelingen van de bewindvoerder van de andere? Ook is denkbaar dat de bewindvoerder die in twee boedels is benoemd waarvan de ene leeg is en de andere niet en die door consolidatie zijn werkzaamheden in de lege boedel alsnog beloond ziet worden. Een consolidatie van boedelschulden kan niet worden gerechtvaardigd met een beroep op de "onscheidbaarheid" daarvan.

Vorderingen en schulden tussen de twee boedels worden volgens de toelichting geacht teniet te zijn gegaan door vermenging alsof art. 6:161 BW van toepassing is (en dus naar de Commissie aanneemt met uitzondering van de in lid 2 en 3 van dat artikel genoemde uitzonderingen).

De Commissie is van oordeel dat vorderingen gebaseerd op de artt. 3.2.1 tot en met 3.2.4 (Actio Pauliana), art. 3.2.8 (de Peeters-Gatzen-vordering) en op grond van titel 8 en art. 2:9 BW (onbehoorlijk bestuur) in beginsel niet behoren te strekken tot iets anders dan het herstellen van het nadeel dat de schuldeisers van de betrokken schuldenaar hebben geleden. Er is in de ogen van de Commissie geen rechtvaardiging te vinden voor de gedachte dat de aangesproken partijen tot betaling van méér zijn gehouden dan het nadeel dat door hun handelingen is ontstaan. Om deze reden meent de Commissie dat art. 9.6 geschrapt zou moeten worden.

De Commissie is niet overtuigd van de redengeving om consolidatie mogelijk te maken in (andere) gevallen indien verdeling van de opbrengsten van de boedels onder de schuldeisers in de afzonderlijke insolventies zou leiden tot uitkomsten die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.

Niet alleen zijn aan de Commissie geen gevallen bekend waarin in het verleden de scheiding van boedels om andere redenen dan "onmogelijkheid" onaanvaardbaar was; ook de in de toelichting gegeven voorbeelden overtuigen niet, omdat zij voorbeelden zijn van omstandigheden waarin het commune recht voldoende mogelijkheden biedt om door de schuldenaren ten detrimente van schuldeisers verrichte (rechts-)handelingen te redresseren. Uit HR 25 september 1987, NJ 1988, 136 m.n.t G (Zilfa) (welk arrest als inspiratie voor het Voorontwerp heeft gediend) valt te lezen dat inderdaad een scheiding onmogelijk moet zijn. De in de toelichting op het Voorontwerp als voorbeeld genoemde omstandigheid dat voorafgaand aan een insolventie de ene schuldenaar zijn activa heeft overgedragen aan een andere schuldenaar is in de ogen van de Commissie onvoldoende om tot consolidatie te besluiten.

Een consolidatie dient naar het oordeel van de Commissie tegen de achtergrond van het vorengaande uitsluitend gegrond te zijn op de omstandigheid dat de scheiding van activa van de schuldenaren onmogelijk is. In alle andere gevallen zal het aan de bewindvoerders van de verschillende boedels ter beoordeling staan of de kosten of andere nadelige gevolgen van scheiding opwegen tegen de te verwachten baten; en als dit niet het geval zou zijn, om een overeenkomst te sluiten omtrent de verdeling van de opbrengsten en de kosten.

Het Voorontwerp houdt geen rekening met de mogelijkheid dat sommige (substantiële) activa wél en andere (substantiële) activa niet te scheiden zijn. De thans voorgestelde regeling is "alles of niets". In de ogen van de Commissie is het wenselijk om de consolidatie te beperken tot de opbrengsten van door de rechtbank aan te wijzen activa (en dat kunnen in zeer bijzondere gevallen dan ook alle activa zijn). In een dergelijke beschikking zouden de in verband met die activa te maken en gemaakte boedelkosten kunnen worden geconsolideerd. Een dergelijke flexibele benadering is minder ingrijpend en biedt de mogelijkheid om de (nadelige) gevolgen van de consolidatie zoveel mogelijk beperkt te houden. De liquidatie van bepaalde geconsolideerde activa kan geschieden door een procedure die is geschoeid op de leest van de secundaire insolventieprocedure gemodelleerd naar art. 27 e.v. IVO. Het voordeel daarvan is dat de verificatie eenvoudig kan geschieden, en dat "gekruste" verificatiegeschillen in aantal en gevolgen zoveel mogelijk worden beperkt.

Indien consolidatie zou leiden tot de verslechtering van de positie van een of meer schuldeisers, dient naar het oordeel van de Commissie consolidatie te worden geweigerd. Indien bij de behandeling van een verzoek tot consolidatie aannemelijk wordt gemaakt dat door consolidatie een of meer schuldeisers worden benadeeld, is naar het oordeel van de Commissie met dat enkele gegeven aangetoond dat geen sprake is van een zodanige "vermenging" van de betrokken activa dat deze niet gescheiden zouden kunnen worden.

Zoals blijkt uit art. 9.1 kan een verzoek om consolidatie in elk stadium van de Insolventie worden gevraagd. Zelfs is het mogelijk om bij of kort na de opening van de insolventieprocedure consolidatie te gelasten. De Commissie meent, dat de vaststelling dat de activa van verschillende schuldenaren zodanig verweven zijn dat verschillende insolventieprocedures (geheel of gedeeltelijk) geconsolideerd moeten worden afgewikkeld, pas gemaakt kan worden na uitvoerig en grondig onderzoek door de bewindvoerder en/of schuldeisers; ook is denkbaar dat de bewindvoerders in de verschillende boedels "vervlechttingsvraagstukken" door middel van een vaststellingsovereenkomst willen beëindigen. Tegen die achtergrond en tegen de achtergrond van de wens om consolidatie tot hoge uitzondering te maken is het niet te rijmen dat reeds bij aanvang van een insolventie om consolidatie kan worden gevraagd. Dat is niet anders, wanneer in de insolventie van de ene schuldenaar de bewindvoerder constateert dat activa onscheidbaar zouden zijn verweven met het vermogen van een andere, nog niet insolvent verklaarde, schuldenaar. In dat geval heeft te gelden dat ten behoeve van de schuldeisers van de andere schuldenaar eenzelfde onderzoek wordt verricht, alvorens over een verzoek tot consolidatie kan worden besloten.

De Commissie meent voorts dat consolidatie uitsluitend zou mogen plaatsvinden in het kader van de liquidatie van de geconsolideerde activa. Voor consolidatie in het kader van een reorganisatie en een akkoord bestaat geen reden, omdat de schuldenaren eventuele "verstrengelingproblemen" kunnen oplossen door middel van het door elk van hen aan te

bieden akkoord en/of een juridische fusie of splitsing (Boek 2 titel 7 BW). Consolidatie buiten liquidatie levert ook het risico op dat consolidatie wordt ingezet om een bestaande meerderheid van schuldeisers in de ene insolventieprocedure te “verwateren” tot een minderheid door samenvoeging van de schuldeisers om op die manier een akkoord door te drukken.

De Commissie meent dat medebewindvoering door de schuldenaren bij consolidatie niet mogelijk moet zijn (blijkens de toelichting op art. 9.3 acht het Voorontwerp dit wel mogelijk). Wanneer de omstandigheden noodzaken tot consolidatie, levert dat een aanwijzing op van “slecht bestuur” en in gevallen van “slecht bestuur” behoort er geen medebewindvoering te worden toegelaten.

Het besluit tot consolidatie wordt in het Voorontwerp uiteindelijk overgelaten aan de discretionaire bevoegdheid van de rechtbank. De schuldeisers van de schuldenaren hebben geen ander recht dan om als belanghebbende te worden gehoord (art. 9.2 lid 2). De Commissie meent, dat gezien de ingrijpende aard van en gevolgen van consolidatie de schuldeisers de mogelijkheid moeten hebben om een consolidatie tegen te houden. Daar komt bij, dat consolidatie gevoelig is voor oneigenlijk gebruik en zelfs misbruik. Verschillende partijen kunnen verleid worden om een grond voor consolidatie voor te wenden of “in te kleuren” of zelfs voor te bereiden omdat zij daar beter van worden. Te denken valt aan de aandeelhouder van de schuldenaar die een vordering heeft op de éne dochter zonder baten die door consolidatie met een andere dochter meer waard wordt. In deze omstandigheden is het naar het oordeel van de Commissie wenselijk dat alle crediteuren het recht krijgen om een consolidatie tegen te houden. De Commissie zou aansluiting willen zoeken bij de stemming betreffende de huidige surseanceverlening: consolidatie tenzij een bepaald quorum (in elk der boedels 33 1/3 % vertegenwoordigende 75% van de schuld) zich daartegen verklaart. De stemming over consolidatie kan plaatsvinden onmiddellijk voorafgaand aan de verificatievergadering(en).

Uit het Voorontwerp wordt niet duidelijk of de Actio Pauliana of de Peeters/Gatzen-vordering kan worden ingesteld na consolidatie in die gevallen waar de schuldeisers van schuldenaar A zijn benadeeld door feitelijke of rechtshandelingen door schuldenaar B, zonder dat schuldeisers van B daardoor zijn benadeeld.

Naar het oordeel van de Commissie dienen in het Ontwerp bepalingen te worden opgenomen in verband met de Europese Insolventieverordening (“IVO”). (Onder meer) de volgende vragen rijzen in dat verband: is een beschikking tot consolidatie een beslissing in de zin van art. 25 lid 1 IVO? Is een geconsolideerde procedure zelf een procedure als bedoeld in art. 3 IVO? Wat is het tijdstip van opening (art. 2 onder f IVO); is een grensoverschrijdende consolidatie mogelijk? Is een consolidatie van een hoofdprocedure met een secundaire of een territoriale procedure mogelijk? Kan een curator van een hoofdprocedure om consolidatie van de secundaire procedure met een andere insolventieprocedure vragen? Kan de curator in een hoofdprocedure vragen om de schorsing van de liquidatie van activa als een secundaire procedure is geconsolideerd met een andere procedure (art. 33 IVO)?

De Commissie meent dat consolidatie beperkt zou behoren te blijven tot rechtspersonen en personenvennootschappen. Het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer

en integriteit wegen naar het oordeel van de Commissie zwaarder dan het belang van een geconsolideerde afwikkeling van boedels. Een insolventieprocedure grijpt diept in in de persoonlijke levenssfeer van een natuurlijke persoon; een geconsolideerde insolventieprocedure zou die ingreep verder verdiepen, zonder dat de noodzaak van een dergelijke ingreep is aangetoond of aannemelijk gemaakt.

TITEL 10. INTERNATIONAAL INSOLVENTIERECHT

Afdeling 10.1 – Algemene bepalingen

Titel 10 van het Voorontwerp regelt enige onderwerpen van internationaal insolventierecht. Blijkens art. 10.1.1 is e titel niet van toepassing indien uit EU-Verordeningen of verdragen andere regels voortvloeien.

Afdeling 10.2 – Insolventieverklaring in Nederland

Afdeling 2 behandelt enkele internationale aspecten van insolventieprocedures die in Nederland zijn geopend. De regeling is moeilijk toegankelijk omdat sommige van de bepalingen gelden in gevallen waarin geen insolventieprocedure onder de Europese Insolventieverordening ("IVO") geopend kan worden (bijvoorbeeld art. 10.2.1), terwijl andere bepalingen kunnen worden toegepast wanneer een hoofdprocedure in Nederland is geopend onder de IVO en een andere procedure in een staat buiten de Unie (bijvoorbeeld art. 10.2.5 en art. 10.2.6). De bepalingen zelf geven niet aan wanneer zij van toepassing zijn en verduidelijking is naar het oordeel van de Commissie gewenst.

Afdeling 10.3 – Buitenlandse insolventies

Afdeling 10.3 betreft de erkenning van buitenlandse insolventieprocedures. De afdeling is niet van toepassing op insolventieprocedures die in andere EU-lidstaten geopend zijn⁴⁶, noch op insolventieprocedures die geopend worden op de Nederlandse Antillen of Aruba. Ten aanzien van die procedures bestaat reeds een erkennings- en executieregeling in de IVO respectievelijk het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden. In de Faillissementswet is geen regeling opgenomen voor de erkenning van buitenlandse faillissementen. Hoewel de Staatscommissie die het ontwerp voor de Faillissementswet voorbereidde wel een dergelijke regeling had voorgesteld, zag de wetgever van 1893 daar vanaf. In hoofdzaak bleef de erkenning van buitenlandse faillissementen een aangelegenheid die door verdragen geregeld diende te worden. Nederland heeft voordat de IVO tot stand kwam alleen verdragen gesloten met België en Duitsland, waarbij het Duitse Verdrag bovendien zeer beperkt was en alleen de erkenning van faillissementsakkoorden regelde.

⁴⁶ Met uitzondering wellicht van insolventieprocedures die in andere lidstaten geopend worden, maar niet in Appendix A bij de IVO genoemd worden.

Onder de IVO vindt erkenning van insolventieprocedures uit andere lidstaten van rechtswege plaats, behoudens een eng te interpreteren uitzondering in geval de erkenning strijdig zou zijn met de openbare orde (art. 26 IVO). De in de andere lidstaat benoemde curator kan in Nederland alle bevoegdheden uitoefenen die hem in de lidstaat waar de procedure is geopend toekomen. Deze vergaande vorm van erkenning vindt zijn grond in het gemeenschapsvertrouwen dat geldt tussen de lidstaten van de Unie.

In UNCITRAL-verband is een Modelwet (UMW) ontwikkeld voor de erkenning van insolventieprocedures uit landen waarmee geen faillissementsverdrag gesloten is. Over deze Modelwet is in UNCITRAL verband uitvoerig onderhandeld tussen de leden van de Verenigde Naties. Zij is in 1997 tot stand gekomen en zij belichaamt naar de mening van de Commissie de “state of the art” waar het gaat om erkenning van insolventieprocedures uit landen ten aanzien waarvan een soortgelijk vertrouwen als tussen de EU-lidstaten niet verondersteld kan worden. De Modelwet is geen verdrag maar een modelwet die aan de landen van de Verenigde Naties ter invoering wordt aanbevolen. De UMW is inmiddels ingevoerd in ondermeer de Verenigde Staten, het Verenigd Koninkrijk, Mexico, Zuid Afrika en Japan. Onder de UNCITRAL Modelwet zijn de eisen voor erkenning van een buitenlandse hoofdprocedure⁴⁷ niet bijzonder zwaar. De rechter in het ontvangende land dient te bepalen of het centrum van voornaamste belangen gelegen is in het land waar de hoofdprocedure is geopend, er dient een aantal stukken overgelegd te worden en de rechter dient te beoordelen of de erkenning van het buitenlandse faillissement niet in strijd is met de openbare orde. De gevolgen van deze erkenning zijn echter zeer beperkt en daarin schuilt het verschil met de “automatische” erkenning onder de Insolventieverordening. De voornaamste gevolgen van erkenning onder de Modelwet zijn namelijk dat de schuldenaar niet meer zelf over de activa in het ontvangende land kan beschikken en dat individuele schuldeisers zich daarop niet kunnen verhalen. Die erkenning brengt echter niet met zich dat de buitenlandse curator over die activa kan beschikken. Om dat te bewerkstelligen, moet de buitenlandse curator aan de ontvangende rechter een verzoek doen om het beheer van de goederen over te mogen nemen. Een dergelijk verzoek valt onder de regeling van art. 21 UMW waaronder de rechter aan de buitenlandse curator *relief* kan geven. De rechter toetst bij de beoordeling van het verzoek tot *relief* of de belangen van de crediteuren en de overige belanghebbenden, waaronder de schuldenaar, voldoende beschermd zijn (art. 22 lid 1 UMW). Bovendien is niet bepaald dat de buitenlandse curator wanneer aan de eisen van art. 22 UMW is voldaan alle bevoegdheden kan uitoefenen die hem onder het recht van het land van herkomst toekomen. In de beperking van het effect van de erkenning en de regeling omtrent het verlenen van *relief* schuilt de werkelijke bescherming tegen misbruik van insolventieprocedures. Weigering van erkenning op grond van strijd met de openbare orde is

⁴⁷ Een onderscheid wordt gemaakt tussen hoofdprocedures en niet hoofdprocedures. Hoofdprocedures worden geopend in het land waar de schuldenaar zijn centrum van voornaamste belangen heeft. Een hoofdprocedure heeft universele werking in de zin dat zij de activa van de schuldenaar wereldwijd omvat, met uitzondering van de activa in de landen waar een niet-hoofdprocedure is geopend. Een niet-hoofdprocedure kan geopend worden in een land waar de schuldenaar een nevenvestiging heeft. Zo’n procedure heeft slechts territoriale werking. Daarom heeft de erkenning van een niet-hoofdprocedure slechts zeer beperkte betekenis.

In aansluiting op de Insolventieverordening kiest het Voorontwerp voor een stelsel waarin hoofdregel is dat vragen van insolventierecht⁴⁸ worden beantwoord naar het recht van de staat waar de procedure is geopend. Zeker wanneer bij de uitoefening van bevoegdheden door de bewindvoerder een toetsing plaatsvindt als voorzien in art. 22 UMW ziet de Commissie daartegen geen bezwaar. Sterker nog, zij acht in dat geval aansluiting bij de regeling van de artt. 4 tot en met 15 IVO inderdaad verkieslijk, omdat aldus voor alle buitenlandse insolventieprocedures in beginsel dezelfde verwijzingsregel geldt. In het Voorontwerp zijn voorts de bijzondere bepalingen van de artt. 4 tot en met 11 en 13 tot en met 15 IVO vrijwel letterlijk overgenomen. Ook daarin kan de Commissie zich vinden.

De bepalingen omtrent het toepasselijk recht zijn echter evenzeer van toepassing op buitenlandse aspecten van Nederlandse insolventieprocedures. De Commissie vraagt zich af of de consequenties daarvan wel voldoende doordacht zijn. Uit de toelichting op de afdeling blijkt niet dat de Staatscommissie zich met die vraag heeft bezig gehouden.

⁴⁸ In de toelichting op art. 10.4.1 wordt een opmerking gemaakt over de reikwijdte van de regel van art. 4-1 IVO die van een misverstand zou kunnen uitgaan. Aangenomen zal moeten worden dat onder art. 4 IVO de lex concursus van toepassing is op vragen van insolventierecht zoals vragen naar rangorde bij uitdeling, indiening van vorderingen etcetera, maar niet op bijvoorbeeld vragen van gewoon contractenrecht zoals de vraag wanneer een verzuim ontbinding van een overeenkomst rechtvaardigt. In de toelichting op art. 10.4.1. zou het standpunt gelezen kunnen worden dat art. 4 IVO een groter bereik heeft. Naar het oordeel van de Commissie zou die interpretatie niet juist zijn.