

Ministerie voor Justitie & Veiligheid
Zijne Excellentie de heer F.M. Weerwind
Minister voor Rechtsbescherming
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Houthoff
Praktijkgroep Insolvency & Restructuring
T +31 20 605 6305
Postbus 75505 1070 AM Amsterdam
Gustav Mahlerplein 50 Amsterdam

Amsterdam, 15 maart 2022

Inzake: **Reactie op het consultatiedocument betreffende het insolventierecht**

Excellentie,

1. Inleiding

- 1.1. Met belangstelling hebben wij kennisgenomen van het consultatiedocument betreffende het insolventierecht (het "**Consultatiedocument**"). Naar ons idee komen de grootste knelpunten in het faillissementsrecht, zoals wij die in de praktijk tegenkomen, naar voren in het Consultatiedocument.
- 1.2. Wij steunen het initiatief van de wetgever om de praktijk te betrekken bij de verdere uitwerking van de lopende en toekomstige beleids- en wetgevingstrajecten.
- 1.3. Deze reactie is als volgt opgebouwd. Wij bespreken eerst de bestaande insolventieprocedures, met daarbij specifiek aandacht voor de surseanceprocedure als zodanig en vis-à-vis de WHOA-procedure (par. 2). Voorts staan wij stil bij een mogelijke wettelijke regeling voor boedelschulden (par. 3). Daarna komt (on)gepastheid van de aan de curator toebedeelde taak van fraudebestrijding en behartiging van maatschappelijke belangen aan bod (par. 4) en adresseren wij de lege boedelproblematiek (par. 5). Tot slot gaan wij in op de toezichthoudende rol van de rechter-commissaris (par. 6).

2. Bestaande insolventieprocedures

- 2.1. In deze paragraaf reflecteren wij op de effectiviteit van de bestaande insolventieprocedures. Daarbij betogen wij dat de surseance van betaling (nog steeds) een waardevol (herstructurerings)instrument is. Wij gaan daarbij ook kort in op mogelijkheden om de surseance te verbeteren. Voorts lichten wij toe waarom het wenselijk is om naast de WHOA en de faillissementsprocedure, de surseance van betaling te handhaven.

De surseance van betaling

- 2.2. Zoals het Consultatiedocument vermeldt, is de surseance van betaling een regeling die bedoeld is ter voorkoming van een faillissement doordat de sursiet in staat wordt gesteld gedurende een periode waarin zij uitstel van betaling krijgt orde op zaken te stellen en een akkoord aan haar schuldeisers aan te bieden waarbij haar schulden worden gesaneerd. Wij signaleren dat in de praktijk vaak (te) laat (dat wil zeggen op een moment dat een faillissement (vrijwel) onvermijdelijk is) aan herstructurering wordt gedacht. De situatie van de onderneming is dan vaak al zodanig dat een surseance geen of slechts een beperkte kans van slagen meer heeft. Mede hierdoor wordt de surseance vaak omschreven als het voorportaal van een faillissement, terwijl dit van origine niet zo bedoeld is.
- 2.3. Een en ander neemt niet weg dat kritisch gekeken kan worden naar mogelijkheden om de bestaande regeling te verbeteren. In dat verband wordt in het Consultatiedocument verwezen naar de voorstellen die Insolad eerder heeft gedaan. Sinds Insolad deze voorstellen heeft gedaan, is de WHOA geïntroduceerd. Wij zijn het op hoofdlijnen eens met de voorstellen die Insolad heeft gedaan, met dien verstande dat in onze ogen zou moeten worden bekeken in hoeverre de introductie van de WHOA een aanpassing van deze voorstellen vereist.

De surseance van betaling en de WHOA naast de faillissementsprocedure

- 2.4. Door het bestaan van een verscheidenheid aan insolventieprocedures, kan telkens in de specifieke situatie worden gezien welke insolventieprocedure – met de daarbij horende unieke kenmerken – het beste kan worden toegepast. In andere landen zien wij ook het bestaan van een (grote) verscheidenheid aan insolventieprocedures¹ en wij menen dat de keuze tussen verschillende insolventieprocedures ten goede komt aan de kans van slagen van de gekozen insolventieprocedure. Zonder uitvoerig in te gaan op (de specifieke kenmerken van) de WHOA en de surseance, lichten wij hierna enkele aspecten uit waaruit volgt dat het zinvol is om zowel de surseance als de WHOA, naast de faillissementsprocedure, te handhaven. Wij besteden hierbij met name aandacht aan de surseance, nu het Consultatiedocument specifiek de effectiviteit van de surseance ten opzichte van de WHOA aanstipt.
- 2.5. Vooropgesteld moet worden dat de WHOA een (zeer) jonge procedure is. Dit heeft in ieder geval twee gevolgen. Ten eerste geldt dat de periode waarin de WHOA van kracht is, te kort is voor een voldoende aantal WHOA-herstructurerings op basis waarvan de

¹ Zie Bijlage A bij de Insolventieverordening, waaruit blijkt dat slechts tien van de zevenentwintig landen (waaronder Nederland) drie of minder verschillende insolventieprocedures kennen. Hier wordt overigens ook de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen voor Nederland meegerekend als insolventieprocedure. Kortom: het merendeel van de landen kent vier of meer insolventieprocedures. Zo telt België acht insolventieprocedures en Ierland tien.

effectiviteit van de regeling kan worden beoordeeld. Een tweede gevolg van het korte bestaan van de WHOA is dat de procedure nog weinig voorspelbaarheid biedt. Dit terwijl de surseance – mede door de bestendige lijn van jurisprudentie die is opgebouwd – juist veel voorspelbaarheid biedt. Voorspelbaarheid is een belangrijke randvoorwaarde bij (het adviseren over) (herstructurerings)procedures. De surseance voorziet daar – in ieder geval op dit moment – in grotere mate in dan de WHOA.

- 2.6. Ook inhoudelijk verschillen de WHOA en de surseance van elkaar. Deze inhoudelijke verschillen maken in onze ogen dat de procedures zich lenen voor verschillende situaties. Wij wijzen in dit verband met name op de mate van (rechterlijke) toezicht. Zo wordt de surseance gekenmerkt door de benoeming van een bewindvoerder, terwijl een herstructureringsdeskundige in de WHOA enkel op verzoek wordt benoemd (vgl. artikel 371 Fw). De rol van de bewindvoerder is bovendien vastomlijnder dan die van een herstructureringsdeskundige onder de WHOA. Naast de bewindvoerder wordt – hoewel de Faillissementswet dit (nog) niet voorschrijft – in de praktijk meestal een rechter-commissaris benoemd.² Tot slot is gedurende de surseance op diverse momenten sprake van (verplichte) rechtelijke betrokkenheid.³ De WHOA kenmerkt zich juist door het zoveel mogelijk laten plaatsvinden van de procedure buiten de rechtbank.⁴ Situaties die vragen om meer (rechtelijk) toezicht, lenen zich beter voor een surseance.
- 2.7. Ook andere inhoudelijke verschillen maken onzes inziens dat sommige situaties zich beter lenen voor een surseance dan voor een WHOA. In dit verband wordt gewezen op het feit dat schuldeisers – mede in het licht van de rechterlijke betrokkenheid – in de surseance meer mogelijkheden hebben om invloed uit te oefenen op het proces dan in een WHOA-procedure.⁵ Daarnaast is de WHOA in tijd beperkter dan de surseance. Vooral in het geval van complexe herstructureringen in een internationale context kan de extra ademruimte die de surseance biedt van belang zijn.
- 2.8. Er is geen doorslaggevend argument om na de invoering van de WHOA de surseance te schrappen. Het in stand houden van de regeling levert geen nadelen op.

² Dit verandert met de implementatie van de richtlijn herstructurering en insolventie. In de implementatiewet zal erin worden voorzien dat de Faillissementswet straks voorschrijft dat steeds een rechter-commissaris wordt benoemd en van hem wordt dan verwacht dat hij niet alleen advies geeft aan de bewindvoerder, maar ook toezicht houdt op de taakuitoefening door de bewindvoerder; Consultatiedocument, p. 11.

³ Wij wijzen in dit kader onder meer op artikel 218 Fw (behandeling/stemming), artikel 223 Fw (duur/verlenging), artikel 225 Fw (bescherming belangen schuldeisers), artikel 226 Fw (deskundigenverslag), artikel 242 Fw (intrekking surseance) en artikel 265 Fw (uitstel behandeling akkoord),

⁴ Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 6 (MvT). Partijen kunnen wel al in eerder stadium aan de rechter vragen duidelijkheid te verschaffen ten aanzien van punten van onzekerheid, in het belang van *deal certainty*.

⁵ Tijdens een surseance kan een schuldeiser op grond van artikel 242 Fw intrekking van de surseance verzoeken. De rechter beoordeelt dat verzoek vervolgens. Daarnaast kunnen schuldeisers op grond van artikel 225 Fw de rechtbank verzoeken zodanige bepalingen te maken als zij ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers nodig acht.

Conclusie

- 2.9. Wij concluderen dat de surseance en de WHOA ieder in specifieke situaties meer of minder passend zullen zijn, juist door de verschillen tussen beide procedures. In dit kader wordt onder meer gewezen op de mate van rechtszekerheid (mede door de hoeveelheid (Hoge Raad-)jurisprudentie) en voorspelbaarheid van de surseance. Ook inhoudelijke verschillen tussen de procedures – zoals de grote(re) mate van rechterlijke betrokkenheid bij een surseance ten opzichte van de WHOA-procedure – maken dat de surseance in bepaalde situaties geschikter is dan een WHOA-procedure. Juist omdat de surseance in specifieke situaties⁶ een krachtig herstructureringsinstrument vormt, heeft het bestaan van de surseance naast de WHOA een toegevoegde waarde.

3. Wettelijke regeling voor boedelschulden

- 3.1. In faillissement worden vorderingen onderverdeeld in verschillende rangen, waarbij als eerste de boedelschulden dienen te worden voldaan. Ondanks het belang van de kwalificatie van een schuld als boedelschuld, ontbreekt een (sluitende) wettelijke regeling op grond waarvan kan worden vastgesteld of sprake is van een boedelschuld. Binnen de rang "boedelschulden" bestaat bovendien een aparte volgorde waarin de verschillende boedelschuldeisers dienen te worden voldaan. Ondanks het evidente belang van deze 'interne' rangorde, met name bij boedelfaillissementen, ontbreekt ook hiervoor een wettelijke regeling. Vooralnog volgt de kwalificatie van een boedelschuld – evenals de 'interne' rangorde voor boedelschulden – uit een breed pallet aan rechtspraak. Iets wat naar ons idee niet ten goede komt aan de rechtszekerheid en reden is om een wettelijke regeling voor boedelschulden te introduceren.

De kwalificatie en rangorde van boedelschulden

- 3.2. Zoals in het Consultatiedocument vermeld, kent het leerstuk omtrent boedelschulden een lange ontwikkeling, die doorgaat tot op de dag van vandaag. Hierin is een patroon te herkennen waarbij de rechtspraak steeds ongewenste situaties die zijn ontstaan na eerdere uitspraken tracht te corrigeren.⁷ In dit kader past ook dat het omstreden 'toedoen-criterium', geformuleerd in het arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger*⁸, door de Hoge Raad werd herzien in het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.*⁹. Dit laatstgenoemde arrest onderscheidt 'slechts' drie categorieën boedelschulden.

⁶ In ieder geval die situaties waarin sprake is van een schuldenaar met een (voornamelijk) ongesecureerde, concurrente schuldenlast. Zie *Vriesendorp en Salah, MvV 2020/6*, voetnoot 17.

⁷ G.A.J. Boekraad, 'Kwart eeuw faillissementsafwikkeling en boedelschulden', *TvI 2020/38*.

⁸ HR 28 september 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AD1243, *NJ 1991/305 (De Ranitz q.q./Ontvanger)*.

⁹ HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, *NJ 2013/291 (Koot beheer/Tideman q.q.)*.

- 3.3. Na Koot Beheer/Tideman q.q. heeft de rechtspraak ook bepaalde schulden die niet binnen een van de drie geformuleerde categorieën vallen aangemerkt als boedelschulden. Te denken valt aan de onverschuldigde betaling als gevolg van de onmiskenbare vergissing,¹⁰ de ontruimingsverplichting,¹¹ de kosten die gemoeid zijn met het onthouden of opheffen van een inbreuk op enig eigendomsrecht of exclusief gebruiksrecht,¹² schulden die voortvloeien uit bestuursrechtelijke lasten ten gevolge van niet-naleving milieuwetgeving¹³ en de rente over een boedelvordering.¹⁴
- 3.4. Het gevolg van voornoemde reeks jurisprudentie is dat we inmiddels (1) een terugbetalingsverplichting, (2) een super-preferente boedelschuld, (3) een preferente boedelschuld en (4) een concurrente boedelschuld kennen. Het is niet telkens duidelijk in welke categorie de voorbeelden vallen die in de – sterk casuïstische – rechtspraak worden geadresseerd. Evenmin is duidelijk hoe bepaalde in de wet genoemde boedelschulden kwalificeren, of hoe boedelschulden ontstaan als gevolg van maatschappelijke verplichtingen van de curator passen in voornoemd systeem.
- 3.5. Daarnaast volgt uit recente rechtspraak dat schulden die voortvloeien uit bestuursrechtelijke lasten ten gevolge van niet-naleving milieuwetgeving als boedelschulden kwalificeren.¹⁵ Hoewel de reikwijdte van dit arrest thans nog onduidelijk is, rijst de vraag of het inderdaad gewenst is dat de curator als overtreder wordt aangemerkt en dergelijke schulden als boedelschulden kwalificeren, ook in de gevallen dat de overtreding reeds voorafgaand aan faillissement heeft plaatsgevonden.¹⁶

Conclusie

- 3.6. De bewegelijkheid van de boedelschuld-kwalificatie, veroorzaakt door de voornoemde veelheid aan (sterk casuïstische) jurisprudentie, is onwenselijk met het oog op de rechtszekerheid. Een algemene wettelijke regeling die alle boedelschulden omvat zou in dat verband bevorderlijk zijn. Voornamelijk bij boedelfaillissementen is de kwalificatie als boedelschuld, evenals de interne rangorde van boedelschulden, van groot belang. Het voert te ver om in deze reactie een concreet voorstel te doen voor een wettelijke regeling omtrent boedelschulden. Wij geven daarom de wetgever graag in overweging om hieraan een separate consultatie te wijden.

¹⁰ HR 28 september 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AD1243, NJ 1991/305 (*De Ranitz/Ontvanger q.q.*).

¹¹ HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013/291 (*Koot beheer/Tideman q.q.*), Rov 3.2.; HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:563, NJ 2018/142 (*Vossenbergh/Aldel*).

¹² Rechtbank Noord-Holland 19 januari 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:243.

¹³ HR 4 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:833, NJ 2021/233.

¹⁴ HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1994, NJ 2022/49.

¹⁵ HR 4 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:833, NJ 2021/233.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld annotatie F.M.J. Verstijlen bij HR 4 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:833, NJ 2021/233 en M. Eveleens-Van der Zwaag en D. Schuilwerpe, 'Boedelschulden zonder actief handelen van de curator – is het hek van de dam?', *HERO* 2021 / P-045.

4. De taak van de curator

4.1. Het Consultatiedocument besteedt terecht aandacht aan de (veranderende) taakstelling van de curator. Deze paragraaf gaat in op de taken van de curator en de groeiende rol van de maatschappelijke belangen in het faillissement. Wetgeving en jurisprudentie hebben de afgelopen jaren geleid tot een uitbreiding van het takenpakket van een curator, die zich in veel gevallen moeilijk verhoudt tot de plicht van de curator om zich hoofdzakelijk te richten op het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Bij de verbreding van de taak van de curator is onvoldoende nagedacht over de bekostiging van de extra werkzaamheden. Hierdoor is een situatie ontstaan waarin de gezamenlijke schuldeisers opdraaien voor de extra (publieke) taken van de curator. Wij zijn kritisch over deze ontwikkeling.

4.2. Verbreding takenpakket curator

4.3. De hoofdtaak van de curator is het beheren en de vereffenen van de failliete boedel. De curator dient hierbij het beheer te voeren in het belang van de gezamenlijke schuldeisers.¹⁷ Hoewel uit jurisprudentie volgt dat de curator ook rekening dient te houden met belangen van maatschappelijke aard, en dat deze belangen in sommige gevallen zelfs kunnen prevaleren boven de belangen van individuele schuldeisers, blijft de systematiek van de faillissementswet uitgaan van de curator als hoeder van het belang van de gezamenlijke schuldeisers.

De fraudebestrijdende taak van de curator

4.4. Zoals ook in het Consultatiedocument is vermeld, is de taakstelling van de curator in de afgelopen jaren aanmerkelijk verbreed. In dit kader wordt allereerst gewezen op de 'nieuwe' fraudebestrijdende taken van de curator. Via enerzijds de Wet civielrechtelijk bestuursverbod, die op 1 juli 2016 in werking is getreden, en anderzijds de Wet versterking positie curator, die sinds 1 juli 2017 van kracht is, heeft de curator nieuwe taken en bevoegdheden gekregen op het gebied van fraudebestrijding en fraudesignalering. De Afdeling advisering van de Raad van State toonde zich eerder al kritisch over het feit dat de curator hiermee wordt belast met in essentie publieke taken.¹⁸ De Afdeling signaleerde dat de curator hierdoor te maken kan krijgen met een taak die het belang van de schuldeisers in het faillissement niet dient of daarmee zelfs conflicteert.¹⁹

4.5. Wij delen deze gezichtspunten van de Afdeling. Fraudesignalerende of fraudebestrijdende maatregelen van een curator zijn onzes inziens namelijk vaak niet in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. De kosten die ermee gepaard gaan komen ten laste van de

¹⁷ HR 5 december 1913, NJ 1914/257 (*W./N.L.V. en Bakker en Oppenheim q.q.*) en HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1590, NJ 1996/628 (*Notarissen THB II*).

¹⁸ *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 4, p. 3.

¹⁹ *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 4, p. 3-4.

gezamenlijke schuldeisers. De gezamenlijke schuldeisers hebben echter vaak geen baat bij de fraudebestrijdende maatregelen, in die zin dat het bestrijden van fraude niet leidt tot een vergroting van het actief van de failliet. Integendeel: het nemen van de dergelijke maatregelen leidt er in de regel juist toe dat het aanwezige actief (zo daar al sprake van is), afneemt. Hiermee ontstaat al snel een belangenconflict voor de curator, hetgeen onwenselijk is.

- 4.6. Er bestaat geen goede rechtvaardiging om de kosten van de fraudebestrijdende taken van een curator neer te leggen bij de toevallige groep gezamenlijke schuldeisers van een schuldenaar die (vermoedelijk) fraude heeft gepleegd. De kosten van het dienen van deze publieke belangen horen gedragen te worden door de maatschappij. In het kader van de lege boedelproblematiek rijst daarnaast de vraag in hoeverre de curator verplicht is dergelijke werkzaamheden te (laten) verrichten terwijl hij weet dat geen middelen beschikbaar zijn om deze werkzaamheden te bekostigen (zie in dit kader par. 5).
- 4.7. Tot slot zijn wij van mening dat curatoren (vooralsnog) simpelweg niet adequaat zijn toegerust om hun fraudebestrijdende taken op een juiste manier uit te voeren. Curatoren zijn opgeleid voor het verrichten van hun wettelijke kerntaak (i.e. het vereffenen van een failliete boedel). Dit vergt andere vaardigheden dan die nodig zijn voor het signaleren en bestrijden van fraude. Daarnaast beschikken curatoren over verschillende middelen om informatie te vergaren teneinde de failliete boedel te vereffenen, maar curatoren beschikken niet over specifieke (opsporings)bevoegdheden om de fraudebestrijdende taak uit te voeren.

Milieurechtelijke verplichtingen

- 4.8. Een tweede ontwikkeling op het vlak van de taakstelling van de curator ligt besloten in (recente) jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Hoge Raad waarnaar al eerder in par. 3 verwezen is. Hieruit volgt dat op de curator in zijn hoedanigheid een eigen, zelfstandige verplichting rust tot naleving van de milieuwetgeving ten aanzien van een tot de boedel behorende inrichting en dat als de curator die verplichting niet naleeft, aan hem in zijn hoedanigheid bestuursrechtelijke lasten kunnen worden opgelegd, welke kwalificeren als boedelschulden.²⁰ Het is nog onduidelijk of de Hoge Raad heeft bedoeld om alle schulden die voortvloeien uit schending van bestuursrechtelijke verplichtingen te bestempelen als boedelschulden, maar hier wordt in de literatuur wel rekening mee gehouden.²¹
- 4.9. Hoewel dit in het geval van schendingen van milieurechtelijke verplichtingen minder discussie op zal leveren vanwege de maatschappelijke belangen die ermee gemoeid zijn,

²⁰ HR 4 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:833, NJ 2021/233.

²¹ Zie bijvoorbeeld M. Eveleens-Van der Zwaag en D. Schuilwerpe, 'Boedelschulden zonder actief handelen van de curator – is het hek van de dam?', HERO 2021 / P-045 en annotatie B. Wessels bij HR 4 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:833, JOR 2021/250.

is erop gewezen dat het goed mogelijk is dat ook schending van (minder prangende) administratieve bestuursrechtelijke verplichtingen in de toekomst tot boedelschulden kunnen leiden.²² Wederom geldt dat de gezamenlijke schuldeisers hiermee zouden opdraaien voor de publieke belangen die de curator hiermee verplicht wordt te behartigen, als er al voldoende actief in de boedel zit om de werkzaamheden uit te voeren die nodig zijn.

- 4.10. Daar komt bij dat het ook in dit geval de vraag is of de curator erop is toegerust om deze taken te vervullen. Het gaat namelijk om zeer specifieke verplichtingen die voortvloeien uit regelgeving in een bepaalde sector, en niet iedere curator zal hier steeds thuis in zijn, althans de middelen tot zijn beschikking hebben om de nodige kennis in huis te halen.

Patiëntveilige afbouw / voortzetting zorgactiviteiten

- 4.11. Een derde voorbeeld van de verschuivende taken van een curator komt voort uit de faillissementen van MC Slotervaart en MC IJsselmeer-ziekenhuizen. Naar aanleiding van deze faillissementen kwam de Onderzoeksraad voor de Veiligheid (de "OVV"), met een aantal aanbevelingen.²³ Een van de aanbevelingen hield in dat het faillissementsrecht volgens het OVV zo dient te worden aangepast dat de curator bij een afweging tussen conflicterende belangen het maatschappelijke belang van een patiëntveilige afbouw en/of voortzetting van zorgactiviteiten laat prevaleren boven de belangen van schuldeisers.²⁴
- 4.12. De Minister voor Rechtsbescherming stelde in reactie hierop onder verwijzing naar jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State echter, dat uit de huidige wetgeving reeds automatisch voortvloeit dat de curator acties zal moeten ondernemen die niet direct in het belang zijn van de schuldeisers, maar die zien op maatschappelijke belangen waar bijzondere wetgeving betrekking op heeft.²⁵ Wat betreft de kosten stelt de Minister dat deze kunnen worden voldaan uit een (gedeeltelijke) overname. Indien hiervan geen sprake is kan volgens de minister niet van de curator worden verlangd dat hij de kosten die samenhangen met het nakomen van verplichtingen voor zorgaanbieders volledig voor rekening laat komen van de boedel. Hij dient zich in een dergelijk geval actief in te spannen om de nodige financiering rond te krijgen, bijvoorbeeld

²² M. Eveleens-Van der Zwaag en D. Schuilwerf, 'Boedelschulden zonder actief handelen van de curator – is het hek van de dam?', *HERO* 2021 / P-045.

²³ Onderzoeksraad voor de Veiligheid (OVV), *Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen, Risico's voor patiëntveiligheid*, december 2019.

²⁴ Onderzoeksraad voor de Veiligheid (OVV), *Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen, Risico's voor patiëntveiligheid*, december 2019.

²⁵ Wijziging van de Wet continuïteit ondernemingen I met het oog op de beperking van het toepassingsbereik ter bevordering van een gecontroleerde afwikkeling van faillissementen van ondernemingen met activiteiten van maatschappelijke belang van 25 mei 2021, p. 8 (MvT), www.internetconsultatie.nl.

door hierover proactief in overleg te treden met stakeholders als zorgverzekeraars en gemeenten, aldus de Minister.²⁶

- 4.13. Hoewel de Minister in dit geval expliciet noemt dat niet van de curator kan worden verlangd dat de kosten die samenhangen met de maatschappelijke taken van een curator volledig voor rekening komen van de boedel, wordt niet duidelijk gemaakt voor wiens rekening deze kosten dan wel moeten komen. Een voorstel tot regelgeving hieromtrent ontbreekt (nog). Wederom dringt zich het beeld op van de curator die publieke taken toebedeeld krijgt zonder dat is nagedacht over een rechtvaardige en concrete bekostiging.

Conclusie

- 4.14. Het primaat van de curator moet blijven liggen bij zijn wettelijke kerntaak: het vereffenen van het vermogen van de schuldenaar en het behartigen van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. De tendens om de curator steeds meer publiekrechtelijke taken toe te bedelen verhoudt zich niet goed met deze hoofdtaak. Enerzijds omdat de curator door gebrek aan financiële middelen niet de benodigde kennis en kunde in huis kan halen om deze (specialistische) publieke taken goed uit te voeren of anderzijds omdat de kosten op deze manier worden afgewenteld op de gezamenlijke schuldeisers waardoor voor de curator een voortdurend belangenconflict dreigt. Indien de curator toch maatschappelijke taken krijgt toebedeeld, dan dient de maatschappij, en niet de toevallige groep schuldeisers, de kosten daarvan te dragen. Hierbij kan worden gedacht aan het opzetten van een (overheids)fonds, zoals uiteengezet in par. 5.

5. Lege boedelproblematiek

- 5.1. In het Consultatiedocument wordt de lege boedelproblematiek besproken, waarbij specifiek wordt stilgestaan bij de positie van zekerheidsgerechtigde en concurrente schuldeisers. Er bestaat een verband tussen de lege boedelproblematiek en de ontwikkeling van de taak van de curator zoals hiervoor beschreven in par. 4. Immers, de lege boedelproblematiek is – ondanks dat deze problematiek al jaren wordt benoemd – alleen maar toegenomen, onder meer door de uitbreiding van het takenpakket van de curator zonder dat daarbij enige financiële compensatie is ingeregeld. Wij gaan eerst in op de lege boedelproblematiek vanuit het oogpunt van een curator en sluiten af met enkele suggesties om de ongewenste effecten van de lege boedelproblematiek (enigszins) te beperken.

²⁶ Wijziging van de Wet continuïteit ondernemingen I met het oog op de beperking van het toepassingsbereik ter bevordering van een gecontroleerde afwikkeling van faillissementen van ondernemingen met activiteiten van maatschappelijke belang van 25 mei 2021, p. 8-9 (MvT), www.internetconsultatie.nl.

De toename van de lege boedelproblematiek

- 5.2. Zoals ook in het Consultatiedocument wordt opgemerkt, wordt al geruime nagedacht over hoe de lege boedelproblematiek kan worden opgelost. Opmerkelijk genoeg is de taak van de curator – ook in het geval van lege boedels – door de jaren heen juist uitgebreid. Relevant daarbij is dat bij het toevoegen van de fraudebestrijdende taak van de curator, geen financiële compensatie voor curatoren is ingebouwd.²⁷ Vermoedelijk speelt hier een onderschatting van de tijdsinvestering die deze fraudebestrijdende taak van een curator vraagt.²⁸ De plicht voor een curator om ook maatschappelijke belangen mee te laten wegen bij de vereffening van de boedel, en in sommige gevallen zelfs te laten prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, is als gevolg van jurisprudentie eveneens toegevoegd aan de taakomschrijving van de curator.²⁹ Ook hiervoor geldt dat geen sprake is van specifieke financiële compensatie.
- 5.3. Kortom, terwijl reeds bekend was dat het merendeel van de faillissementen niet leidt tot (volledige) betaling van het salaris van de curator en in slechts enkele gevallen tot betaling aan concurrente schuldeisers, is de (wettelijke) taak van de curator uitgebreid met een fraudebestrijdende taak en is in een reeks jurisprudentie de categorie 'boedelschulden' steeds verder opgerekt.³⁰ Een en ander met het gevolg dat nog meer boedelschulden ontstaan, waarmee de kans op een boedelfaillissement juist is toegenomen.

Mogelijke afname van 'lege boedel faillissementen'

- 5.4. Als oplossing voor de lege boedelproblematiek wordt soms de mogelijkheid genoemd dat een curator pro se verzet instelt tegen de faillietverklaring.³¹ Echter, de termijn voor het aantekenen van verzet bedraagt slechts acht dagen en de drempel voor het slagen van dit verzet is hoog. De curator dient binnen voornoemde (zeer korte) termijn aan te tonen dat sprake is van misbruik van bevoegdheid. Hiervoor volstaat bovendien niet slechts het aantonen dat reeds bekend was dat sprake is van een lege boedel, maar er dient tevens aangetoond te worden dat geen voldoende gerechtvaardigd belang bestaat bij de aanvraag. Gezien de hoge drempel die geldt, de zeer korte termijn die de curator heeft en het risico dat de curator pro se aansprakelijk wordt gesteld voor de proceskosten, is de route via artikel 10 Fw geen reële route voor de curator.

²⁷ *Kamerstukken II* 2014/15 34253, 3, p. 11.

²⁸ M.D.H. Nelemans, 'De failliete boedel en het vermoeden van fraude – beslagen, bewijsstukken en bekostiging', *TvC* 2019/3.

²⁹ Zie par. 4.

³⁰ Zie par. 3 en 4.

³¹ HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3636, *NJ* 2016/172 (*Hoeksma q.q./Trade*) en HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3269, *NJ* 2018/154 (*Boersen q.q./Stichting Bedrijfstakpensioenfondsen voor het Levensmiddelenbedrijf*), zie ook artikel 10 Fw.

- 5.5. Daarbij komt dat een dergelijke toetsing niet bij de curator dient te liggen, maar bij de rechtbank op het moment van de beoordeling van de faillissementsaanvraag. Wij menen dus dat de beoordeling van een faillissementsaanvraag aangescherpt zou kunnen worden, zodanig dat de entiteiten die zich niet lenen voor een faillissement (lege boedels) ook niet failliet worden verklaard. Dergelijke drempels komen ook in andere jurisdicties voor.³² Dit zou ervoor kunnen zorgen dat het aantal 'lege boedel faillissementen' terugloopt en dat voornoemde entiteiten op de geëigende wijze afgewikkeld kunnen worden: ofwel via een turboliquidatie ofwel via een vrijwillige ontbinding. In dit licht is relevant dat de regeling rondom de turboliquidatie of de vrijwillige ontbinding vooralsnog tekortschiet en misbruik in de hand werkt. Aanpassing van deze regelingen ligt dan ook voor de hand.³³

Bekostiging werkzaamheden curator

- 5.6. Hiervoor is uiteengezet dat de curator in verband met de fraudebestrijdende taak (significant) meer tijd besteed aan een faillissementsafwikkeling, waarbij het niet zelden nodig blijkt om derden in te schakelen met expertise op het gebied van fraudebestrijding.³⁴ De vraag is hoe de curator aan voornoemde verplichtingen kan voldoen, nu geen van de uitbreidingen van het takenpakket van de curator gepaard zijn gegaan met noemenswaardige financiële compensatie voor de curator. Hierdoor heeft de curator simpelweg vaak geen financiële middelen om de (benodigde) gespecialiseerde derden in te kunnen schakelen.
- 5.7. Ook als er wel enig actief is, lijkt het ons onwenselijk dat het inschakelen van dergelijke gespecialiseerde derden ten koste zou gaan van het salaris van de curator en/of een uitdeling aan overige schuldeisers. Los van de vraag of het belang van de gezamenlijke crediteuren dient te prevaleren boven de fraudebestrijdende taak van een curator, geldt dat het merendeel van de faillissementen lege boedels betreft waarin de curator zich geconfronteerd ziet met een salaristekort.³⁵ Voor elke beroepsgroep geldt het adagium 'loon voor werken' en dat voor een curator – die nota bene ingevolge een wettelijke taak geacht wordt werkzaamheden te verrichten ten behoeve van het maatschappelijk belang – een uitzondering zou gelden, lijkt ons onbillijk.
- 5.8. Er wordt wel gesteld dat tegenover iedere lege boedel een 'volle boedel' zou staan, waardoor de curator niets te kort zou komen.³⁶ Deze redenering gaat niet op. Allereerst

³² M.J.M. Franken (red.), *Rapport Beloning Curatoren*, p.12 en 34-35.

³³ In aanvulling op de Tijdelijke wet transparantie turboliquidatie, waar in 2021 de consultatie voor liep en die beoogt misbruik en fraude te voorkomen.

³⁴ Zie par. 4.

³⁵ A.T.M. Adams, 'Een (wettelijke) taak tot faillissementsfraudebestrijding: de negende tentakel van de curator?', *MvO* 2017/3-4.

³⁶ Zie bijvoorbeeld M.O. Kraamwinkel, 'Efficiënte curator kost minder, maar wat doet hij met een lege boedel', *TvI* 2008, p. 1-2, G. van Dijk, 'Biedt een basisvergoeding solaas? Empirisch onderzoek naar salaristekorten in faillissement', *TvI*

vindt de toebedeling van faillissementen aan curatoren plaats aan de hand van de door de rechtbank gehanteerde 'lijsten', die slechts zijn gebaseerd op de omvang van de failliete vennootschappen en niet op basis van 'aanwezig actief'. Daarnaast geldt dat elk aan een faillissement besteed uur door een curator wordt verantwoord aan de rechtbank. Het is dus niet zo dat de niet-uitbetaalde uren bij een lege boedel alsnog voldaan worden vanuit een ander faillissement met een volle boedel. Elke zinspelende in deze richting leidt mogelijk tot oneigenlijke prikkels, trekt vooral de integriteit van de curatorenpraktijk in twijfel en stuit ons dan ook tegen de borst. Van enige vorm van compensatie van lege boedels met 'volle boedels' kan en mag geen sprake zijn. Dit kan dan ook geen 'oplossing' zijn voor de lege boedelproblematiek.

- 5.9. Door de jaren heen zijn verschillende suggesties gedaan om het salaristekort in het (overgrote) merendeel van de faillissementen aan te pakken. Zo heeft een speciale werkgroep van Insolad reeds in 2006 geopperd om (a) faillissementen te weigeren als deze weinig of geen actief bevatten, (b) de curator de mogelijkheid te bieden op kosten van de aanvrager een quick scan uit te laten voeren om vast te stellen of er sprake is van enig actief, en/of (c) de verplichting voor startende ondernemingen om een 'verwijderingsbijdrage' af te dragen.³⁷ Daarnaast is geopperd om de Staat garant te laten staan voor het salaris van curatoren.³⁸ Al dan niet gekoppeld aan een dergelijke garantstelling zou een basisvergoeding ingevoerd kunnen worden.³⁹ Een dergelijke basisvergoeding zou – net als de sociale advocatuur bij 'toevoegingszaken' – kunnen werken met een puntensysteem, gekoppeld aan bandbreedtes van bestede uren en forfaitaire bedragen op basis van de RECOFA-tarieven. Ook curatoren kunnen de verplichting krijgen zich te verantwoorden als meer dan het aantal 'basisuren voor een lege boedel' worden besteed, alvorens meer uren gedeclareerd kunnen worden. Uit empirisch onderzoek blijkt dat een basisvergoeding van EUR 2.000-3.000 per faillissement, uitgaande van 20 bestede uren, zorgt dat 70% van de faillissementen met salaristekorten opgelost zouden zijn.⁴⁰ Gezien de verbrede taak van de curator sindsdien, menen wij dat een verwijderingsbijdrage of een basisvergoeding van EUR 5.000-6.000, uitgaande van 50 bestede uren, inmiddels gepaster zou zijn.
- 5.10. Voorgaande suggesties zien slechts op het salaristekort van de curator en niet op de impact van de uitgebreide taakomschrijving van de curator op uitdelingen aan overige

2013/3, J. Pool, H. Pluut en R. Vriesendorp, 'Belemmeringen bij de aanpak van onregelmatigheden door de curator', *RdW* 2021/1, p. 10-36.

³⁷ M.J.M. Franken (red.), *Rapport Beloning Curatoren*, p. 34-36. Dit voorstel is ook gedaan in Gijs Van Dijck, Reinout D. Vriesendorp & Délon Vielvoye, 'Lege boedels: code rood of vals alarm?', Deventer: Kluwer 2008, *TvI* 2008.

³⁸ Artikel 6.1.2 Voorontwerp Insolventiewet.

³⁹ W.A.H. Melissen & R. Mulder, 'Beloning curatoren en lege boedels', *TvI* 2009 en A.T.M. Adams, 'Een (wettelijke) taak tot faillissementsfraudebestrijding: de negende tentakel van de curator?', *MvO* 2017/3-4.

⁴⁰ G. van Dijck, 'Biedt een basisvergoeding solaa's? Empirisch onderzoek naar salaristekorten in faillissement', *TvI* 2013/3.

schuldeisers. In dit kader zou een uitbreiding van de garantstellingsregeling van Justis een eenvoudige oplossing kunnen zijn om alsnog de financiële compensatie in te regelen.⁴¹ Hierbij dient wel de kanttekening gemaakt te worden dat de uitbreiding dan zal moeten zien op een subsidieverstrekking in plaats van een garantieverstrekking. Ook menen wij dat deze uitbreiding zou moeten zien op zowel de fraudebestrijdende taak van de curator, alsook op de gevallen waarin de curator – ten laste van de boedel en dus de gezamenlijke schuldeisers – maatschappelijke belangen moet laten prevaleren boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers.

- 5.11. Verantwoording voor een dergelijke subsidieverstrekking is dat de verplichtingen op de curator rusten, worden geplaatst in het kader van het maatschappelijk belang. Door de regeling van Justis uit te breiden worden de daarmee gepaard gaande kosten gedragen door zij die profiteren van het prevaleren van het maatschappelijk belang: 'de maatschappij'.
- 5.12. Mocht niet voor een bekostiging voor naleving van maatschappelijke belangen via Justis worden gekozen, dan zouden wij de kosten die met de nalevering van dergelijke maatschappelijke verplichtingen zijn gemoeid graag terugzien in een wettelijke regeling omtrent boedelschulden. Zo weten zowel curatoren als schuldeisers of (en zo ja: op welke wijze en met welke rang) kosten ten behoeve van het maatschappelijk belang ten laste van de gezamenlijke schuldeisers dienen te komen. Dit komt wat ons betreft ten goede aan de rechtszekerheid, nu – zoals wij signaleerden in par. 4 – de rechtspraak hieromtrent sterk casuïstisch is.

Conclusie

- 5.13. Uit het voorgaande volgt dat wij kritisch zijn op de huidige wijze waarop kosten voor fraudebestrijding en het laten prevaleren van maatschappelijke belangen worden gealloceerd en op de huidige beloningsstructuur van curatoren. Wij menen dat een strengere controle bij faillissementsaanvragen het aantal 'lege boedel faillissementen' kan beperken. Ook menen wij dat een bepaald basissalaris voor een curator gegarandeerd dient te zijn. Dit zou vanuit de overheid kunnen worden gefinancierd of uit een 'verwijderingsbijdrage' die elke onderneming bij oprichting en/of periodiek dient af te dragen. Tot slot doen wij enkele aanbevelingen om de kosten van de werkzaamheden van de curator ten behoeve van het maatschappelijk belang ten laste te laten komen van hen die gebaat zijn bij de gemaakte kosten, in plaats van de gezamenlijke schuldeisers.

⁴¹ INSOLAD, Advies aan het Ministerie van Veiligheid en Justitie inzake voorontwerp Wet Versterking Positie Curator, 28-5-2014, K. Pijnappels, 'Wie betaalt de curator', *Advocatenblad* 2017-6, W.J.B. Nielen, 'Versterk de civielrechtelijke fraudebestrijding door de curator! – redactioneel', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht en Handhaving* 2016-3, p. 25, E.M. Moerman, 'De nieuwe rol van de curator in de fraudebestrijding: knelpunt in de aanloop naar een eventueel strafproces?', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht en Handhaving* 2017-3, p. 113 en M.D.H. Nelemans, 'De failliete boedel en het vermoeden van fraude – beslagen, bewijsstukken en bekostiging', *TvC* 2019/3.

6. Toezichthoudende rol rechter-commissaris

6.1. De rechter-commissaris houdt toezicht op het beheer en de vereffening van de failliete boedel. In dit kader is machtiging, goedkeuring of toestemming vereist voor bepaalde handelingen van de curator. In deze paragraaf gaan wij in op de in het Consultatiedocument voorgestelde maatregelen ter versterking van de positie van de rechter-commissaris, alsook op andere mogelijkheden om de positie van de rechter-commissaris te versterken.

Positie rechter-commissaris

6.2. Het systeem van toezicht op het beheer en de vereffening van de boedel door de rechter-commissaris functioneert in het algemeen goed. Onze ervaring is dat het wettelijk systeem de rechter-commissaris voldoende handvatten biedt om zijn taken te vervullen en dat rechters-commissarissen zich op adequate en deskundige wijze van hun taken kwijten.

6.3. Niettemin kan het nuttig zijn om kritisch te kijken of, en zo ja: in hoeverre, het systeem verbeterd kan worden. In dit kader juichen wij het vaker toepassen van *mediation* tussen curatoren en derden toe. Wij zijn van mening dat dit bij kan dragen aan een doelmatiger en efficiëntere afwikkeling van faillissementen.

6.4. Ook staan wij in beginsel positief jegens een eventuele plicht voor de rechter-commissaris om – in het geval van een verzoek om een machtiging tot het starten van een aansprakelijkheidsprocedure tegen bestuurders van een failliete vennootschap – de desbetreffende bestuurders te horen alvorens wordt besloten op het verzoek. Wij stellen hierbij wel de vraag of het noodzakelijk is om een plicht in alle gevallen op te nemen. Wellicht zou kunnen worden volstaan met een minder verregaande regeling. Hierbij zou kunnen worden gedacht aan een automatisch horen van bestuurders op verzoek van deze bestuurders of het achterwege laten van het horen van bestuurders in bepaalde gevallen.

6.5. In aanvulling op voorgaande, geven wij in overweging om de procedure zoals thans beschreven in artikel 69 Fw over te hevelen van de rechter-commissaris naar de rechtbank. Een beroep op artikel 69 Fw slaagt doorgaans in eerste aanleg niet. Hoewel rechters-commissarissen deskundig en onafhankelijk (kunnen) oordelen, is het ten principale onwenselijk dat een rechter-commissaris als formele geschilbeslechter optreedt bij aangelegenheden die onder het toezicht van diezelfde rechter-commissaris hebben plaatsgevonden.⁴² Dit geldt temeer nu een trend zichtbaar is waarbij een rechter-commissaris een sterkere rol krijgt als informele geschilbeslechter, hetgeen onder meer tot uiting komt in voornoemde voorstellen om vaker *mediation* toe te passen en om het horen van belanghebbenden verplicht te stellen voorafgaand aan het verlenen van een

⁴² Zie onder anderen R.J. van Galen, 'Waarheen met de rechter-commissaris?', *Tvl* 2021/36 en R.D. Vriesendorp, 'De rechter-commissaris bij insolventies: onpartijdige rechter of betrokken commissaris?', in: *Justitiële verkenningen: Faillissement*, jaargang 26, 2000, nr. 2, p. 55 e.v.

machtiging tot het starten van een aansprakelijkheidsprocedure. Om iedere schijn van partijdigheid te vermijden en een helder onderscheid tussen informele en formele geschilbeslechting te creëren, zou eraan gedacht kunnen worden om de rechtbank aan te wijzen als instantie die oordeelt over een procedure in de zin van het huidige artikel 69 Fw.

- 6.6. Naast de in het Consultatiedocument genoemde mogelijkheden, zijn wij van mening dat (toezicht door) een schuldeiserscommissie een welkome aanvulling vormt op het toezicht vanuit de rechter-commissaris. In de praktijk wordt nu slechts zelden een schuldeiserscommissie ingesteld. Onzes inziens zou de rechtbank (alsook de rechter-commissaris) dan ook in beginsel positief moeten staan tegenover het verzoek om een schuldeiserscommissie te benoemen en deze mogelijk wellicht ook expliciet benoemen als de situatie zich daarvoor leent.

Conclusie

- 6.7. Hoewel wij van mening zijn dat het toezicht op de curator op dit moment naar behoren functioneert, juichen wij voorstellen om vaker gebruik te maken van *mediation* en om de rechter-commissaris te verplichten bestuurders te horen in het geval van een verzoek om machtiging tot het starten van een aansprakelijkheidsprocedure in beginsel toe. Daarnaast doen wij enkele voorstellen om het toezicht in faillissementsprocedures te verbeteren.

Hoogachtend,
Houthoff,

Frauke van der Beek

Karien Burg

Joep Meester

Diederick Smit

Frederic Verhoeven

Christiaan Zijderveld