

1. Inleiding

Hennie Damkot is al bijna 40 jaar een boegbeeld in de Nederlandse insolventiepraktijk. Hij kent iedereen die op dit gebied actief is en iedereen kent hem. Hennie staat voor de Rabobank. De schrijvers van deze bijdrage zijn werkzaam bij ING respectievelijk ABN AMRO en kennen Hennie in verschillende hoedanigheden. Soms staan we tegenover elkaar, maar in andere gevallen strijden we samen tegen (al dan niet vermeend) onrecht.

Hennie verlaat een eenmaal door hem ingenomen standpunt niet snel. Jos Timmermans, voormalig collega van Hennie en ex-voorzitter van de Juridische Werkgroep Corporate van de Nederlandse Vereniging van Banken ('NVB'), maakte in een besloten bijeenkomst voor het 25-jarig jubileum van Hennie ooit bekend dat de geuzennaam van Hennie 'Dramkont' is. Hennie doet die naam nog steeds eer aan. Hij strijdt onophoudelijk en vasthoudend voor het belang van Rabobank. Voor zover dat belang samenvalt met het belang van alle banken in Nederland, maken wij dankbaar gebruik van zijn strijdlust. Voor zover dat niet het geval is, verzetten we ons (maar met respect).

In Nederland wordt met name de laatste twee decennia nagedacht over wijzigingen dan wel een volledige herziening van het insolventierecht. Hennie heeft in zijn lange carrière steeds meegedacht over mogelijke aanpassingen van het insolventierecht. Zo legde hij in 2000 samen met Jos Timmermans voor de NVB de toekomst van de Nederlandse Faillissementswet vast.² Hennie is sinds de jaren negentig van de vorige eeuw lid van de Juridische Werkgroep Corporate van de NVB. Deze werkgroep houdt zich onder andere bezig met de ontwikkelingen van het insolventierecht. Van die werkgroep maken ook de schrijvers van deze bijdrage thans deel uit. Hennie werkte mee aan de standpuntbepaling van de NVB in het kader van de MDW Werkgroep Modernisering Faillissementsrecht in 2000,³ de voorstellen van de Commissie insolventierecht (beter bekend onder de naam Commissie-Kortmann)⁴ die uiteindelijk resulteerden in het Voorontwerp Insolventierecht in 2007⁵ en de lange discussie (ook binnen de NVB) over de al dan niet wenselijkheid van een regeling voor een onderhands akkoord, die uiteindelijk uitmondde in de WHOA.⁶

Ook na invoering van de WHOA gaat de ontwikkeling van het insolventierecht door. Voor die ontwikkeling is onder meer van belang het in 2021 door het Ministerie van Justitie en Veiligheid uitgebrachte Consultatiedocument betreffende het insolventierecht (het 'Consultatiedocument'), een "discussienota met als doel de insolventiepraktijk te betrekken bij de verdere ontwikkeling van het insolventierecht".⁷ Hennie werkte – uiteraard – ook mee aan de reactie van de NVB daarop. De

¹ Mrs. J.T. Jol en R.H.W.A Verhoeven zijn werkzaam als bankjurist bij ABN AMRO Bank N.V. en mr. K.A. Messelink is werkzaam als bankjurist bij ING Bank N.V. Zij zijn betrokken bij de juridische ondersteuning van de afdeling intensief dan wel bijzonder beheer. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

² H.J. Damkot en J.H.S.G.K. Timmermans, 'De toekomst van de Faillissementswet', *Tvl* 2000, afl. 1, p. 12 e.v.

³ Zie het Eindrapport van de MDW-Werkgroep Modernisering Faillissementsrecht. Zie voor een bespreking: A.J. Berends, 'MDW-Werkgroep Modernisering Faillissementsrecht broedt ei uit; kabinet adopteert kuiken', *Tvl* 2002, afl. 1, p. 50 e.v.

⁴ Bij koninklijk besluit van 15 april 2019 is een nieuwe – permanente – Commissie insolventierecht ingesteld. Haar voorzitter is P.M. Veder.

⁵ S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Voorontwerp insolventiewet* (Serie Onderneming en Recht, deel 2-IV), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2007.

⁶ Zie de reactie van de NVB op de consultatie ter zake van het ontwerp voor de wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van het faillissement:

<https://www.internetconsultatie.nl/wethomologatie/reactie/6059bd43-b42e-4b35-b585-b96417e46c0b>.

⁷ Te vinden op: <https://www.internetconsultatie.nl/consultatieinsolventie>. Zie voor het citaat p. 2.

discussie die het Consultatiedocument op gang heeft gebracht, is bij het verschijnen van dit *liber amicorum* nog gaande.

In deze bijdrage behandelen wij enkele van de onderwerpen die in het Consultatiedocument aan de orde komen, namelijk:

- Het doel van insolventieprocedures
- De inzet van informele (herstructurerings)trajecten
- De surseance van betaling
- Het faillissement
- De taken van de curator
- De governance in faillissement en
- De doorstart en de pre pack.

Er is uitgebreid gehoor gegeven aan de oproep van het ministerie om op het Consultatiedocument te reageren. In deze bijdrage zullen wij geregeld verwijzen naar de uitgebrachte reacties.⁸

Hennie is een bevlogen zweefvlieger. Hij houdt van de thermiek en het prachtige overzicht dat je vanuit een zweefvliegtuig op de wijde omgeving hebt. Een aantal van ons heeft het genoeg gehad om met Hennie de wereld vanuit dit perspectief te mogen bekijken. Dit heeft ons geïnspireerd om ook het huidige en toekomstige insolventielandschap eens van boven te bekijken.

Ons streven is om door middel van deze bijdrage Hennie in dit perspectief mee te nemen. Of hij zich hierdoor laat beïnvloeden valt te bezien. We weten immers hoe moeilijk het is Hennie van een eenmaal ingenomen eigen standpunt af te laten wijken. Hennie mag beoordelen of onze blik op het insolventielandschap hem aanspreekt.

2. Doel van insolventieprocedures

2.1 De visie van internationale organisaties: grote mate van overeenstemming

Om de vraag te beantwoorden hoe het insolventierecht in Nederland zich moet ontwikkelen, ligt het voor de hand om allereerst te kijken welke doelen insolventieprocedures zouden moeten dienen. Deze vraag is door verschillende internationale instanties beantwoord. Wij denken onder meer aan Uncitral, de Wereldbank en de Europese Bank voor Wederopbouw en Ontwikkeling (EBRD). Deze organisaties hebben ieder hun eigen *soft law* instrument gepubliceerd met aanbevelingen voor de vormgeving van het insolventierecht.⁹ Uit een vergelijking tussen de verschillende richtsnoeren/aanbevelingen, blijkt dat er in grote mate overeenstemming bestaat over de doelen van het insolventierecht. Alle drie de organisaties stellen dat het insolventierecht – in elk geval – de volgende doelen heeft:

- (i) Waardemaximalisatie: het insolventierecht moet leiden tot het maximaliseren van het verhaal van de crediteuren uit de activa van een insolvente schuldenaar.
- (ii) Reorganisatie en liquidatie: het insolventierecht moet zowel reorganisatie als liquidatie van het vermogen van de schuldenaar kunnen nastreven. Het insolventierecht moet van het ene naar het andere doel kunnen omschakelen.

⁸ Voor de leesbaarheid zullen we afzien van het opnemen van digitale vindplaatsen van de reacties doch volstaan we met de vermelding dat deze digitaal zijn te raadplegen. De vindplaats op internet: <https://www.internetconsultatie.nl/consultatieinsolventie/reacties>.

⁹ Uncitral ontwikkelde de *Uncitral Legislative Guide on Insolvency Law*, de Wereldbank de *Principles for effective insolvency and creditor/debtor regimes* en de EBRD de *Core Principles of an Effective Insolvency System*. De drie publicaties zijn te raadplegen via de respectieve websites van de drie organisaties.

- (iii) Het insolventierecht dient te voorkomen dat de individuele schuldeisers de waarde van het boedelactief verminderen door uitoefening van hun individuele rechten. Daarmee biedt het insolventierecht een oplossing voor het *common pool* probleem. Dat wil zeggen dat – zonder het insolventierecht – de individuele schuldeisers ieder zelfstandig tot executiemaatregelen zullen overgaan waarbij de opbrengst van deze maatregelen voor de schuldeisers lager is dan zou worden bereikt indien gemeenschappelijke executie plaatsvindt.
- (iv) Het insolventierecht moet gelijke behandeling van crediteuren met vergelijkbare rechten waarborgen.
- (v) Het insolventierecht dient de rangorde tussen de crediteuren te volgen en niet af te wijken van de regulier geldende rangorde. Daaronder valt ook dat zekerheidsrechten worden gerespecteerd en hun waarde wordt gemaximaliseerd.
- (vi) Transparantie en voorspelbaarheid.

2.2 Insolventierecht dient uiteindelijk het belang van de schuldeisers

De bovenstaande doelen laten nog de nodige ruimte over voor interpretatie. Deze doelen kunnen ook op gespannen voet met elkaar staan. Daarom is het relevant om ook te bezien welk doel of belang het insolventierecht uiteindelijk centraal stelt. Wij beperken ons hierbij tot gevallen waarin de schuldenaar een onderneming exploiteert. Bij de beantwoording van deze vraag valt een verschil op tussen de respectieve benaderingen van Uncitral, de Wereldbank en de EBRD. Van deze drie organisaties kiest Uncitral voor een benadering die wij zouden aanduiden met klassiek-juridisch. Dit uit zich in het gebruik van open normen als *'equitable'* en *'fair'*. Verder is Uncitral van mening dat het insolventierecht zekerheid moet verschaffen en moet leiden tot economische groei en stabiliteit.¹⁰ De Wereldbank en de EBRD maken een duidelijkere keuze. In hun optiek dient het insolventierecht uiteindelijk de belangen van de schuldeisers. Wij illustreren het bovenstaande aan de hand van de vraag of in het insolventierecht moet worden gekozen voor reorganisatie van het vermogen van de schuldenaar, of voor liquidatie daarvan. Uncitral geeft niet direct antwoord op deze vraag. Dit is anders voor de Wereldbank en EBRD.

De Wereldbank schrijft dat het insolventierecht dient voor “the efficient liquidation of both nonviable businesses and those where liquidation is likely to produce a greater return to creditors and the reorganization of viable businesses”.¹¹ Met andere woorden, in het insolventierecht staat het belang van de schuldeisers centraal. Gekozen dient te worden voor de wijze van afwikkeling die voor de schuldeisers tot de grootste opbrengst leidt. Ook de EBRD volgt deze benadering. Zij schrijft: “Insolvency procedures should be designed and implemented to preserve and maximise the total value ultimately available to creditors, while taking account as far as possible of the interests of the debtor and its employees.”¹² Anders gezegd: waardemaximalisatie ten behoeve van de crediteuren is het hoofddoel van het insolventierecht. Andere belangen, zoals het belang van de schuldenaar en zijn werknemers kunnen eveneens door het insolventierecht worden behartigd, maar uitsluitend “as far as possible” gegeven het hoofddoel van het insolventierecht.

De benadering van de EBRD spreekt ons het meest aan. Wij menen dat inderdaad het insolventierecht dient ter realisatie van de belangen van de schuldeisers. Daarbij merken wij op dat in onze optiek deze benadering ook past binnen de benadering van Uncitral. Immers, als tijdens een insolventie wordt gekozen voor reorganisatie van de onderneming in plaats van liquidatie doordat

¹⁰ Vgl. Recommendation 1a van Uncitral: “1. In order to establish and develop an effective insolvency law, the following key objectives should be considered: (...) (a) Provide certainty in the market to promote economic stability and growth;” (UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, Parts One and Two (2004), p. 14).

¹¹ *Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes*, 2021 Edition. World Bank, p. 21.

¹² Core Principle 2 (EBRD Core Principles of an Effective Insolvency System, September 2020, p. 4).

het belang van de werkgelegenheid prevaleert boven het belang van de schuldeisers, dan heeft dat gevolgen die de casus overstijgen. Ten eerste kan dit ertoe leiden dat schuldeisers minder krediet zullen verstrekken aan vergelijkbare ondernemingen. Ten tweede kan de doorstarter zijn diensten onder de kostprijs aanbieden, omdat hij de onderneming voor een lager bedrag heeft kunnen overnemen. Dit leidt tot oneerlijke concurrentie en brengt mogelijk de concurrenten van de doorstarter in financiële problemen. Daardoor neemt de kans toe dat zij ook insolvent zullen geraken. Zo wordt dus niet het doel van stabiliteit en groei gehaald, zoals dat volgens Uncitral door het insolventierecht moet worden nagestreefd.

3. De inzet van informele (herstructurerings)trajecten

Insolventieprocedures staan niet op zich maar maken deel uit van het rechtsstelsel van een land.¹³ In haar *Toolkit for Corporate Workouts 2022* refereert de Wereldbank in dit verband aan “the formal-to-informal continuum of restructuring procedures”.¹⁴ Dit continuüm¹⁵ loopt volgens de Wereldbank van informele (herstructurerings)trajecten tot formele insolventieprocedures.¹⁶

> > >

FIGURE 1 – THE FORMAL-TO-INFORMAL CONTINUUM OF RESTRUCTURING PROCEDURES



In de Toolkit benadrukt de Wereldbank het belang van informele (buitengerechtelijke) herstructureringstrajecten ter voorkoming van een déconfiture.¹⁷ De EBRD noemt als kernbeginsel van een effectief insolventiesysteem dat “[a] country’s legal system should support the consensual financial restructuring of businesses outside of a formal insolvency law procedure.”¹⁸ Wij onderschrijven het belang van informele (buitengerechtelijke) trajecten. De ervaring leert dat dergelijke trajecten doorgaans minder banenverlies teweegbrengen, alsmede minder waardeverlies veroorzaken voor leveranciers en vermogensverschaffers (aandeelhouders en schuldeisers) dan formele procedures. Verder is de kans dat de debiteur na een consensuele herstructurering steun en vertrouwen krijgt of behoudt van zijn stakeholders groter dan na een herstructurering die in een formele procedure is afgedwongen. Voorts zijn de kosten van formele procedures (significant) hoger dan de kosten van informele trajecten. Daarbij komt dat formele procedures de partijautonomie beperken. Informele trajecten daartegen laten de partijautonomie – ingrijpen door de (voorzienings)rechter in uitzonderingsgevallen daargelaten – intact en dat bevordert de acceptatie van de oplossing die wordt bereikt voor de problemen waarmee de onderneming in moeilijkheden

¹³ In haar Principles verkondigt de Wereldbank dat een effectief insolventierecht onderdeel moet uitmaken van “a country’s broader legal and commercial systems” (*Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes*, 2021 Edition. World Bank, p. 7).

¹⁴ Digitale vindplaats: <https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/982181642007438817/a-toolkit-for-corporate-workouts> (hierna: ‘Toolkit Wereldbank 2022’).

¹⁵ In haar Consultatiereactie refereert Insolad aan een palet van insolventieprocedures (Consultatiereactie Insolad, nr. 45).

¹⁶ Toolkit Wereldbank 2022, p. 4. Met de term ‘workout’ doelt de Wereldbank zowel op een operationele herstructurering (ook wel *turnaround* genoemd) als op een herstructurering van schulden en/of andere verplichtingen. Zie Toolkit Wereldbank 2022, p. 3-4 en p. 10.

¹⁷ Toolkit Wereldbank, p. 5-6.

¹⁸ Core Principle 4 (EBRD Core Principles of an Effective Insolvency System, September 2020, p. 5).

kampt. Tot slot is de looptijd van een informeel traject vaak korter dan die van een formele procedure.

Gezien de hiervoor genoemde voordelen van informele trajecten, rijst de vraag hoe de tijdige inzet daarvan kan worden gestimuleerd. Ervan uitgaande dat de onderneming is verbonden aan een vennootschap, lijdt het geen twijfel dat het bestuur het bevoegde en dus aangewezen orgaan is om maatregelen te nemen ter waarborging van de continuïteit van de onderneming om zo insolventie te voorkomen. De Europese wetgever onderkent het belang van dergelijke maatregelen en heeft daarom in de Herstructureringsrichtlijn¹⁹ een specifiek voorschrift gewijd aan de verplichtingen van bestuurders bij dreigende insolventie. Art. 19 van deze richtlijn bepaalt dat bestuurders ingeval van dreigende insolventie oog moeten hebben voor stappen die ondernomen kunnen worden ter voorkoming van (formele) insolventie.

Op 1 januari 2023 trad de wet in werking waarbij de Herstructureringsrichtlijn in de Nederlandse wet is geïmplementeerd.²⁰ In de memorie van toelichting zet de minister uiteen waarom het Nederlandse recht reeds voldoet aan art. 19 Herstructureringsrichtlijn, zodat aanpassing of aanvulling daarvan niet noodzakelijk is. Verwezen wordt naar een samenstel van voorschriften die bestuurshandelen normeren, te weten de vennootschapsrechtelijke normen opgenomen in art. 2:129/239 lid 5 BW (bestuurders zijn gehouden het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming te dienen), respectievelijk art. 2:8 BW (vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid), diverse civielrechtelijke aansprakelijkheden (art. 2:9, 2:138/248²¹ en 6:162 BW), alsmede de civielrechtelijke respectievelijk strafrechtelijke regelingen inzake de pauliana/bedrieglijke bankbreuk (art. 42 Fw, respectievelijk art. 342, 343 en 347 Sr). Na een korte toelichting op genoemde bepalingen constateert de minister dat bestuurders “in de situatie dat insolventie dreigt, zullen moeten bekijken of er een noodzaak is om stappen te ondernemen om insolventie te voorkomen.”²² Wij voegen daaraan toe dat dergelijke stappen alleen gezet moeten worden als de onderneming (na herstructurering) levensvatbaar is. Belangrijk is dat de bestuurders de belangrijkste stakeholders van informatie voorzien, opdat zij zich een oordeel kunnen vormen omtrent de levensvatbaarheid van de onderneming.

Specifieke normen die het bestuur van een onderneming die kampt met financiële problemen ertoe verplichten tijdig een informeel (herstructurerings)traject te starten, ontbreken derhalve in het Nederlandse recht. Dat bevreemdt niet. Immers, er zijn veel verschillende gevalstypen waardoor het formuleren van concrete normen met een algemene strekking zeer lastig – zo niet onmogelijk – zal zijn.²³

Aan het nemen van maatregelen gaat iets vooraf: het tijdig herkennen en erkennen van de (naderende) (financiële) problemen door het bestuur. Het belang daarvan kan niet genoeg worden

¹⁹ Richtlijn (EU) 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132, *PbEU* 2019, L 172.

²⁰ Het betreft de Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie, *Stb.* 2022, 491 (publicatie wet) en *Stb.* 2022, 492 (publicatie inwerkingtreding).

²¹ De anti-misbruikbepaling art. 2:138/248 BW legt een verband tussen het ontbreken van een (deugdelijke) administratie en bestuurdersaansprakelijkheid. Op het belang van de administratieverplichting gaan wij hierna kort in.

²² *Kamerstukken II* 2021/22, 36 040, nr. 3 (MvT), p. 33. Vgl. voor wat betreft de inzet van formele trajecten en procedures F.M.J. Verstijlen, ‘Corporate insolvency governance door het bestuur’, *Tvl* 2021/38, p. 284 en *OR* 2021/121 p. 758: “De bestuurder dient gebruik te maken van de mogelijkheden die het Nederlandse recht biedt, van WHOA, pre-pack tot faillissement.”

²³ Vgl. Consultatiereactie Nauta Dutilh, p. 2-3.

benadrukt.²⁴ De NVB noemt in haar reactie op het Consultatiedocument instrumenten die daarbij behulpzaam kunnen zijn, namelijk “een ondernemingsplan met een gedegen financiële onderbouwing, het op orde hebben van de administratie en het blijven monitoren van de financiële situatie”.²⁵ In aanvulling daarop nog het volgende. De wetgever heeft de administratieverplichting door de jaren heen als elementaire bestuursverplichting aangemerkt. Wij onderschrijven die kwalificatie omdat de administratie en de daaraan ontleende (management)informatie voor het besturen van een rechtspersoon een onmisbaar instrument is.²⁶ In haar proefschrift analyseert Harmsen het doel en de inhoud van de administratieverplichting en omschrijft welke onderdelen deel uitmaken van een minimaal noodzakelijke administratie. Terecht rekent Harmsen liquiditeitsprognoses (Harmsen gebruikt de aanduiding cashflow prognoses) tot de minimaal noodzakelijke bescheiden.²⁷ Voor ondernemingen in moeilijkheden geldt eens te meer dat een deugdelijke liquiditeitsprognose essentieel is voor het besturen (en bijsturen) van de onderneming.²⁸

Een volgend aspect waarvoor wij aandacht vragen, is de betekenis die formele procedures hebben voor (het slagen van) informele trajecten. Het enkele bestaan van formele procedures – die als gezegd de partijautonomie beperken – zou de inzet van informele trajecten moeten bevorderen. Formele procedures fungeren – voor (het bestuur van) de schuldenaar én externe partijen – als stok achter de deur. Ze worden bij voorkeur alleen toegepast indien het informele traject niet het gewenste resultaat heeft opgeleverd. Omdat de onderhandelingen in een informeel traject plaatsvinden met het alternatief van formele insolventieprocedures in het achterhoofd, werpen deze procedures hun schaduw vooruit.²⁹ In Nederland komt deze functie nadrukkelijk naar voren bij de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen: de insolvente schuldenaar heeft alleen toegang tot deze insolventieprocedure indien een informele (buitengerechterlijke) saneringspoging is ondernomen maar niet is geslaagd (art. 285 lid 1 onder f Fw). De wetgever heeft bij de WHOA zover

²⁴ Zie hierover o.a. L. Stanghellini, R. Mokal, Ch.G. Paulus & I. Tirado (red.), *Best practices in European restructuring. Contractualised distress resolution in the shadow of the law*, Wolters Kluwer 2018, p. 4 e.v.

²⁵ Consultatiereactie NVB, nr. 15.

²⁶ Vgl. C.M. Harmsen, *Administratieplicht en aansprakelijkheid voor het boedeltekort* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 162. Boels Zanders Advocaten benadrukt in zijn reactie op het Consultatiedocument het belang van het voeren van een gedegen administratie (Consultatiereactie Boels Zanders Advocaten, p. 2-3). De Pensioenfederatie dringt aan op een frequentere toepassing van de sanctie van oplegging van een bestuursverbod bij het ontbreken van een (deugdelijke) administratie (Consultatiereactie Pensioenfederatie, p. 10).

²⁷ C.M. Harmsen, *Administratieplicht en aansprakelijkheid voor het boedeltekort* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 277-279. Nauta Dutilh bepleit in zijn consultatiereactie, op p. 3, een aanvulling van de administratieverplichting van art. 2:10 BW met een verplichting tot een beschrijving van de actuele en toekomstige liquiditeitspositie. Uit de uiteenzetting van Harmsen volgt evenwel dat die verplichting al onderdeel uitmaakt van de administratieverplichting. Harmsen benadrukt het belang van liquiditeitsprognoses, onder meer door te bepleiten dat disculpatie ter zake van een art. 2:138/248 BW-aansprakelijkheid die is gebaseerd op onbelangrijkheid van het verzuim als bedoeld in het tweede artikellid niet kan worden ingeroepen als liquiditeitsprognoses ontbreken (§ 8.7.3 en p. 277, voetnoot 842). Wij sluiten ons daarbij aan.

²⁸ Diverse consultatiereacties signaleren voorts dat de aanwezigheid van een administratie die voldoet aan de daaraan te stellen vereisten de afwikkeling van een faillissement van de administratiehouder vereenvoudigt. Zie o.a. Consultatiereactie Boels Zanders Advocaten, p. 3 en Consultatiereactie Teekens Karstens, p. 9.

²⁹ J.A.A. Adriaanse, *Restructuring in the shadow of the law. Informal reorganisation in the Netherlands* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, gaat uitgebreid in op deze problematiek. Zie ook Toolkit Wereldbank 2022, p. 23 en L. Stanghellini, R. Mokal, Ch.G. Paulus & I. Tirado (red.), *Best practices in European restructuring. Contractualised distress resolution in the shadow of the law*, Wolters Kluwer 2018.

niet willen gaan, maar in de wetsgeschiedenis is wel geëxpliciteerd dat de WHOA mede tot doel heeft de inzet van informele trajecten te bevorderen.³⁰

Wél bevat de WHOA-regeling sinds de implementatie van de Herstructureringsrichtlijn de mogelijkheid een WHOA-traject te starten zonder medewerking van het bestuur. Bij een niet-MKB-onderneming³¹ wordt een herstructureringsdeskundige aangewezen indien de meerderheid van de schuldeisers daarom verzoekt (art. 371 lid 3 Fw). Bij een MKB-onderneming wordt een dergelijk verzoek alleen toegewezen als het bestuur met de aanwijzing instemt. Echter, de rechtbank kan ook zonder instemming van het bestuur een herstructureringsdeskundige aanwijzen, indien zij oordeelt dat het bestuur geen goede reden heeft om instemming te weigeren (art. 371 lid 15 Fw). Schuldeisers hebben derhalve de mogelijkheid een WHOA-traject te forceren en hoeven dus niet lijdzaam af te wachten indien het bestuur naar hun oordeel te lang wacht met het nemen van maatregelen die een herstructurering bewerkstelligen.

Ter afsluiting van deze paragraaf gaan wij nog kort in op de rol van de bank. Als het niet goed gaat met een onderneming waaraan krediet is verstrekt, wordt het contact tussen de bank en de onderneming intensiever. Gesprekspartner van de bank is het bestuur. FNV, CNV en VCP bepleitten in hun consultatiereactie op het ontwerp voor de implementatiewet van de Herstructureringsrichtlijn de invoering van een verplichting voor de bank, de accountant respectievelijk de Belastingdienst om de Ondernemingsraad (OR) zelf te informeren over omstandigheden “die tot dreigende insolventie kunnen leiden” indien het bestuur dat nalaat.³² Onzes inziens terecht, heeft de wetgever deze suggestie van de vakcentrales niet overgenomen. De bepleite verplichting zou betekenen dat de bank zich moet inlaten met de interne verhoudingen van de vennootschap. Dit past niet bij de rol van de bank als verstrekker van risicomijdend vermogen, die geen onderdeel uitmaakt van de organisatie van de kredietnemer. De verplichting zou ook niet goed te verenigen zijn met de vertrouwensrelatie tussen die kredietnemer en de bank. De rol van de bank moet niet veranderen doordat haar kredietnemer in zwaar weer terecht komt. Daarbij komt dat de bank niet altijd voldoende informatie heeft om de OR te kunnen informeren, dat zij niet (eenvoudig) kan vaststellen wanneer de omstandigheden waarin de kredietnemer verkeert zodanig zijn dat deze “tot dreigende insolventie kunnen leiden” en dat door het geven van ruchtbaarheid aan de problemen waarmee de kredietnemer kampt het faillissement een *self-fulfilling prophecy* kan worden.³³

Samengevat, het bestuur is verplicht actie te ondernemen indien de continuïteit van de onderneming in het geding dreigt te komen. Het tijdig starten van een informeel (herstructurerings)traject kan banen- en/of waardeverlies voorkomen en een dergelijk traject laat de partijautonomie onaangetaast. Een specifieke verplichting voor het bestuur van een onderneming

³⁰ Vgl. *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, nr. 3, p. 1-2 (MvT) (onderstreeping toegevoegd, auteurs): “Bedoeling is dat de WHOA het minnelijk schuldsanerings- en herstructureringstraject versterkt en dat de mogelijkheid van een dwangakkoord dient als «uiterste redmiddel». De WHOA beoogt op geen enkele wijze afbreuk te doen aan de bestaande praktijk van buitengerechtelijke herstructurerings. Integendeel, de WHOA heeft mede tot doel deze praktijk te versterken. In het minnelijke herstructureringstraject onderhandelen partijen tegen de achtergrond van het alternatief van de wettelijke regeling. Omdat de WHOA een effectief middel biedt om een oplossing gerechtelijk op te laten leggen, zullen dwarsliggers minder gauw kunnen overvragen. Dit zal het bereiken van overeenstemming faciliteren. Het enkele feit dat er een effectieve en efficiënte regeling bestaat die leidt tot een snelle finale beslissing van de rechter, kan de noodzaak van een daadwerkelijke gang naar de rechter voorkomen.”

³¹ Zie voor de definitie van MKB-onderneming voor de toepassing van de WHOA art. 369 lid 1, tweede zin, Fw.

³² Reactie FNV, CNV en VCP op de consultatie ter zake van het ontwerp voor de Implementatiewet van de herstructureringsrichtlijn d.d. 21 april 2021. Het citaat staat op p. 5.

³³ Vgl. reactie NVB op de consultatie ter zake van het ontwerp voor de Implementatiewet van de herstructureringsrichtlijn d.d. 3 mei 2021, p. 6-7.

met financiële problemen om tijdig een informeel (herstructurerings)traject te starten laat zich lastig formuleren. Formele procedures werpen hun schaduw vooruit. Bestuurders die niet handelen zoals van een goed bestuurder verwacht mag worden, kunnen geconfronteerd worden met persoonlijke civielrechtelijke aansprakelijkheid voor de daaruit voortvloeiende schade. Een WHOA-traject kan zonder instemming van het bestuur worden gestart maar het (tijdig) starten van een informeel (herstructurerings)traject is alleen 'indirect afdwingbaar'. Een interessant onderwerp voor een empirische studie is of de 'stokken achter de deur' daadwerkelijk voorkomen dat levensvatbare ondernemingen onnodig failleren of hun bedrijfsvoering staken, of dat aanvullende maatregelen nodig zijn om levensvatbare ondernemingen voor een déconfiture te behoeden.

4. Surseance van betaling

4.1 Nut en functioneren van de surseance van betaling in de praktijk

De surseance van betaling is een algemeen uitstel van betaling aan de schuldenaar. Volgens de wetgever strekt de surseance van betaling ter voorkoming van een faillissement, dat doorgaans kapitaalvernietiging veroorzaakt.³⁴ De surseance van betaling kan worden ingezet in de situatie waarbij een onderneming een liquiditeitsprobleem heeft of voorziet. Zij beschikt niet over de middelen om haar opeisbare schulden te betalen of voorziet dat die situatie zich in de (nabije) toekomst zal voordoen.

Een surseance van betaling wordt als geslaagd beschouwd als zij leidt tot algehele voldoening van de schuldeisers van de sursiet of tot een akkoord. Dat akkoord kan een overeenkomst zijn waarmee alle schuldeisers instemmen (een dergelijk akkoord kan ook buiten surseance tot stand komen) of een gerechtelijk dwangakkoord (een akkoord dat niet de instemming van alle schuldeisers heeft, doch wel alle schuldeisers tot wie het is gericht bindt). Een surseance van betaling die eindigt in een faillissement, wordt doorgaans als mislukt beschouwd.

De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot invoering van de surseance van betaling uit 1890 vangt aan met de woorden: "Het nut eener instelling als de surséance van betaling is meer dan eens betwijfeld."³⁵ Sinds het verschijnen van die toelichting zijn we ruim 130 jaar verder en stelt het Ministerie van Justitie en Veiligheid in het Consultatiedocument expliciet de vraag of de surseanceregeling meerwaarde biedt naast de WHOA. Ook wordt gevraagd hoe de effectiviteit van de surseanceregeling kan worden verbeterd.³⁶

Nu de surseance niet aan de verwachtingen lijkt te voldoen – veel voorlopig verleende surseances van betalingen worden al na korte tijd omgezet in een faillissement – verbaast het niet dat deze vragen worden opgeworpen. In meerdere publicaties is geanalyseerd waarom dat zo is,³⁷ al

³⁴ S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet (heruitgave Van der Feltz II)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 337 (MvT).

³⁵ S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet (heruitgave Van der Feltz II)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 335. Voor de goede orde: met 'instelling' doelt de memorie van toelichting op de surseance als procedure/instrument, niet op introductie van de surseance in de wet. De surseance van betaling bestond namelijk al bij invoering van de Faillissementswet.

³⁶ Consultatiedocument, p. 12.

³⁷ Zie o.a. K.A. Messelink & R. van den Bosch, *Juridisch handboek intensief beheer. Beheer van bancaire kredieten van klanten met financiële problemen* (Recht & Praktijk, nr. InsR10), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 260-262; M.J.M. Franken, *Het Insolventiepassief* (Recht & Praktijk, nr. InsR13), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 17, R.J. van Galen, 'Pleidooi voor uitstel van betaling', *OR* 2020/66, p. 358; B. Wessels, *Surseance van betaling* (Insolventierecht deel VIII), Wolters Kluwer 2021/8013 en R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht*, Wolters Kluwer 2021, nrs. 262, 317 en 318.

ontbreekt (representatief) empirisch onderzoek.³⁸ Dergelijke analyses worden vaak gebruikt als onderbouwing voor voorstellen tot aanpassing van de surseanceregeling. Volledige afschaffing van de surseanceregeling wordt niet of nauwelijks bepleit. Het ontbreekt ons aan de ruimte voor een (uitvoerige) analyse van de redenen waarom de surseance niet optimaal functioneert. De geïnteresseerde lezer verwijzen wij daarvoor graag naar de bestaande publicaties hierover.³⁹ We volstaan met drie inleidende observaties.

In de eerste plaats signaleren we dat de surseance van betaling een reputatieprobleem heeft. Een grote meerderheid van de voorlopige surseances wordt spoedig na verlening omgezet in een faillissement. Zo ontstaat het beeld dat een surseance van betaling louter fungeert als voorportaal van faillissement. Een belangrijke oorzaak is dat het bestuur van een kapitaalvennootschap de machtiging van de algemene vergadering (of enig ander daarvoor in de statuten aangewezen orgaan) nodig heeft voor het aanvragen van een faillissement (art. 2:136/246 BW), maar niet voor het aanvragen van een surseance van betaling. Als het bestuur het faillissement wil aanvragen maar daarvoor niet de benodigde machtiging verkrijgt of verwacht dat het krijgen van die machtiging te lang zal duren, dan kan voor het bestuur een ongewenste situatie ontstaan. Het bestuur moet verantwoordelijkheid blijven dragen voor het besturen van de vennootschap (met alle aansprakelijkheidsrisico's van dien), terwijl het heeft vastgesteld dat een faillissement noodzakelijk c.q. onvermijdelijk is. In dergelijke gevallen vraagt het bestuur soms voorlopige surseance van betaling aan, waarna deze procedure op verzoek van de bewindvoerder kort na de voorlopige verlening wordt omgezet in een faillissement. Op deze wijze wordt de algemene vergadering buitenspel gezet. Indien de voorwaarde van AVA-goedkeuring voor een faillissementsaanvraag wordt geschrapt, zal de surseance naar onze verwachting minder vaak als 'vluchtheuvel' worden gebruikt.⁴⁰

In de tweede plaats wijzen we erop dat ondernemingen die met (financiële) problemen kampen, in veel gevallen in samenspraak met hun (bancaire) financiers en andere relevante stakeholders pogingen tot operationele en/of financiële herstructurering hebben gedaan. Op het continuüm van de Wereldbank (zie § 3 van deze bijdrage) gaat het dan om *out-of-court workouts* of *enhanced workouts*. In de Nederlandse herstructureringspraktijk wordt soms de term 'stille' of 'informele surseance' gebruikt voor dergelijke trajecten. Het gegeven dat het alsnog tot een (formele) surseance van betaling komt, betekent dan vaak dat het daaraan voorafgaande informele herstructureringstraject is mislukt. Waar verstrekkers van vreemd vermogen, zoals banken, en verstrekkers van eigen vermogen, doorgaans de aandeelhouders, over financiële middelen beschikken en deze vaak ook zullen hebben aangewend in het kader van de vóór surseance beproefde maar mislukte herstructurering, geldt dat niet voor de bewindvoerder. Wat hij na een mislukt informeel herstructureringstraject nog aantreft, biedt vaak weinig perspectief meer. Alles is feitelijk al geprobeerd of overwogen. In die situaties is een faillissement meestal onvermijdelijk. Uit deze constatering volgt dat het enkele feit dat een surseance van betaling meestal snel in een faillissement wordt omgezet, niet zonder meer de conclusie rechtvaardigt dat de surseance geschikt is als herstructureringsinstrument.

In de derde plaats vragen we aandacht voor het feit dat de surseance van betaling in aansprekende gevallen (vaak bij grote ondernemingen) wél een succesvolle herstructurering van schulden heeft

³⁸ Wel deed de Nederlandse Orde van Advocaten voor haar reactie op het Consultatiedocument een steekproef in het Centraal Insolventieregister. Van de 33 beoordeelde surseances (periode 20 juli 2021–4 februari 2022) werden er 12 niet omgezet in een faillissement (Consultatiereactie NOvA, nr. 3.10).

³⁹ Zie de in voetnoot 37 genoemde publicaties.

⁴⁰ De NVB heeft voorgesteld om de voorwaarde van een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders voor de aanvraag van het faillissement te laten vervallen. Zie Consultatiereactie NVB, nrs. 41 en 42.

opgeleverd. De reactie op het Consultatiedocument van advocatenkantoor Linklaters bevat een fraai overzicht van dergelijke geslaagde surseances. De surseance van betaling is meermaals succesvol ingezet voor de herstructurering van obligatieleningen van in Nederland gevestigde uitgevende instellingen.⁴¹ Andersoortige schulden die herstructureerd zijn met behulp van een surseance van betaling die Linklaters noemt zijn:

- intercompany schulden (Carrier 1, H&D Industrial, NCH Hydraulische Systemen, Spyker en Steinhoff);
- schulden uit ongesecureerde leningen (FC Den Bosch en Spyker);
- garantieverplichtingen (Carrier 1 en Steinhoff);
- schulden aan leveranciers en dienstverleners (Stichting Wereldruiterspel);
- restitutieplichtingen (Brandaris en Stichting Wereldruiterspel); en
- schadeclaims (Stichting Wereldruiterspel en Steinhoff).

Lange tijd was de surseance de enige formele *workout tool* voor formele herstructureringen. Aan de gereedschapskist voor herstructureringen is sinds 1 januari 2021 de WHOA toegevoegd. De herstructureringspraktijk heeft de WHOA als extra herstructureringsoptie verwelkomd. In zijn eerste bestaansjaren is het WHOA-traject veel vaker ingezet dan een surseance van betaling voor het realiseren van herstructureringen. Vóór de invoering van de WHOA werden levensvatbare delen van de onderneming vaak nog gered door middel van een doorstart vanuit faillissement nadat andere reddingspogingen waren mislukt.⁴² Bij levensvatbare activiteiten kan de WHOA daarvoor een alternatief bieden, mits aan een aantal randvoorwaarden wordt voldaan (onder andere dat de lopende verplichtingen worden nagekomen). Door middel van een sanering van schulden in het kader van een WHOA kan in die gevallen een faillissement van de levensvatbare onderneming en het onnodig liquideren van de activa van die onderneming worden voorkomen. De surseance van betaling hanteert dezelfde methodiek – geen liquidatie van activa maar een sanering van de passiva door middel van een dwangakkoord – en komt door de introductie van de WHOA mogelijk wat meer in beeld als *workout tool*.

4.2 Surseance versus WHOA

Een belangrijke beperking van de surseance in vergelijking met de regeling van het akkoord onder de WHOA is dat zekerheidsgerechtigden en de Belastingdienst niet – althans: niet tegen hun wil – aan een surseanceakkoord kunnen worden gebonden, terwijl de WHOA die mogelijkheid wel biedt.

Verder kan het bestuur van de onderneming het als een nadeel ervaren dat in een surseance een bewindvoerder wordt aangesteld die samen met het bestuur bevoegd wordt, terwijl in de WHOA het bestuur zelf bevoegd blijft (*debtor in possession*). Een bestuurder heeft daarom de neiging voor een WHOA-traject te kiezen. Echter, in sommige gevallen kan de betrokkenheid van een bewindvoerder – een onpartijdige insolventiefunctionaris met ervaring op het gebied van herstructureringen – de slagingskans van een herstructurering vergroten, bijvoorbeeld omdat stakeholders onvoldoende vertrouwen erin hebben dat het bestuur de herstructureringsklus zelf kan klaren.⁴³

Een ander verschil tussen de WHOA en de surseance op het terrein van governance⁴⁴ is dat bij de surseance van betaling de rechter-commissaris het proces van voorbereiding van het akkoord volgt

⁴¹ Linklaters noemt de volgende voorbeelden: Complete, GTS, Netia, Plaza Centers, Song, UPC en Versatel (Consultatiereactie Linklaters, nr. 1.13).

⁴² Vgl. M.J.M. Franken, *Het Insolventiepassief* (Recht & Praktijk, nr. InsR13), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 27. Zie ook hierna, § 5.6.

⁴³ Vgl. Consultatiereactie NOvA, nr. 3.6.

⁴⁴ Zie – in het kader van governance – § 5.5 van deze bijdrage waarin de positie van de schuldeiserscommissie aan de orde komt.

en daarbij wordt betrokken, terwijl bij een WHOA-traject de rechter in principe pas in het eindstadium (namelijk in de homologatiefase) in beeld komt.⁴⁵ Voor ‘rechterlijke correctie’ van het akkoord is het dan te laat – over het akkoord is immers al gestemd – terwijl de rechter-commissaris in surseance wél kan (bij)sturen.⁴⁶

Voorts wijkt de regeling van het surseanceakkoord op de volgende onderdelen af van de regeling van het WHOA-akkoord:⁴⁷

- voor een surseanceakkoord is een klassenindeling facultatief, voor een WHOA-akkoord is deze verplicht;
- voor het aannemen van een surseanceakkoord geldt een lagere drempel (50% van de ter stemming verschenen en erkende schuldeisers, die ten minste 50% van de erkende schulden vertegenwoordigen) dan voor het aannemen van een akkoord onder de WHOA (in iedere klasse tweederde van de schulden waarvoor stemmen zijn uitgebracht). Daarbij geldt wel dat voor het bepalen van de stemuitslag niet-stemmers bij een WHOA-akkoord niet meetellen, terwijl die wel meetellen voor het vaststellen van de stemuitslag over een surseanceakkoord;
- er zijn precedentes van succesvol afgeronde surseances van betaling van internationaal opererende ondernemingen (we verwijzen naar enkele van de hiervóór genoemde voorbeelden), terwijl de WHOA op dit moment nog slechts een bescheiden *track record* heeft voor dit type ondernemingen;⁴⁸
- in surseance van betaling kan een commissie van schuldeisers worden ingesteld die als taak krijgt om over het akkoord te stemmen in plaats van de schuldeisers zelf. Als bij de herstructurering een groot aantal schuldeisers is betrokken (denk aan obligatiehouders of een groot aantal consumenten met schadeclaims) dan vereenvoudigt de aanwezigheid van een commissie van schuldeisers de voorbereiding van en de stemming over het akkoord.⁴⁹

4.3 Toekomst van de surseance van betaling

In de inleidende observaties van paragraaf 4.1 signaleerden we dat in het Consultatiedocument de vraag wordt gesteld hoe de effectiviteit van de surseanceregeling kan worden verbeterd. Het Consultatiedocument refereert in dit verband aan het voorstel dat Insolad in 2015 heeft gedaan.⁵⁰ In haar reactie verwijst Insolad naar ditzelfde voorstel.⁵¹ Insolad meent dat aanpassing van de surseanceregeling gewenst is, maar stelt dat het aangewezen lijkt om eerst nog enige tijd de ontwikkelingen in praktijk en rechtspraak ten aanzien van de WHOA af te wachten.⁵²

⁴⁵ Dit is anders indien de onderneming een zogenaamd aspectenverzoek indient.

⁴⁶ Vgl. Consultatiereactie Houthoff, nr. 2.6.

⁴⁷ Zie ook Consultatiereactie Insolad, nr. 48, Consultatiereactie Linklaters, nrs. 1.33 en 1.35-1.39 en Consultatiereactie Windt Le Grand Leeuwenburgh, nrs. 6-7.

⁴⁸ Vgl. Consultatiereactie Houthoff, nr. 2.5 en Consultatiereactie NOVA, nr. 3.5.

⁴⁹ We doelen op de zogenoemde Brandarisregeling (art. 281a Fw). In de surseance van Steinhoff is dit instrument ingezet. Zie daarover F.D. Crul, ‘De commissie van vertegenwoordiging – observaties van de secretaris’, *FIP* 2022/76. Ook in de surseance van DSB N.V. in liquidatie is de Brandarisregeling toegepast.

⁵⁰ Consultatiedocument, p. 12. Het voorstel van Insolad en de toelichting daarop zijn online te raadplegen: https://static.basenet.nl/cms/105928/website/2015_01_30-Titel-II-Van-surseance-van-betaling.docx (voorstel) en https://static.basenet.nl/cms/105928/website/2015_01_08-Toelichting-op-het-ontwerp-voor-een-nieuwe-surseance.docx (toelichting).

⁵¹ Zie Consultatiereactie Insolad, nr. 51 e.v.

⁵² Consultatiereactie Insolad, nrs. 47 en 52. Ook bijv. Houthoff bepleit terughoudendheid (Consultatiereactie Houthoff, nr. 2.3). De NVB roept in meer algemene zin op tot terughoudendheid bij het wijzigen van het insolventierecht door de Nederlandse wetgever nu er belangrijke Europese ontwikkelingen zijn te verwachten

Wij sluiten ons aan bij dit pleidooi tot temporisering. De WHOA wordt inmiddels geëvalueerd in opdracht van het WODC. Daarnaast wordt de Europese wetgever steeds actiever op het terrein van het insolventierecht. De huidige WHOA voldoet na de implementatiewet aan de Europese Herstructureringsrichtlijn. In de nabije toekomst is nog meer regelgeving uit Europa te verwachten.⁵³ Omdat de voorspelbaarheid en efficiëntie van insolventieprocedures niet gebaat zijn bij elkaar snel opvolgende wijzigingen in het insolventierecht, ligt het voor de hand dat de Nederlandse wetgever pas op de plaats maakt en vooralsnog niet overgaat tot (ingrijpende) wijziging van de regeling van de surseance van betaling. Wij gaan daarom thans niet uitvoerig in op alle wijzigingsvoorstellen die ter zake van deze regeling zijn gedaan. We noemen hier enkel van de voorstellen tot wijziging van de surseance die in het recente verleden – al dan niet in reactie op het Consultatiedocument – zijn gedaan, gevolgd door enkele observaties van generieke aard.

Ten aanzien van lopende overeenkomsten:

- uitbreiding van de mogelijkheden tot opzegging van lopende overeenkomsten;⁵⁴
- verbod op *ipso facto* clausules;⁵⁵

Ten aanzien van de akkoordregeling:

- introductie van een *bar date* voor het indienen van vorderingen;⁵⁶
- afschaffing *headcount*-vereiste bij stemmingen (vgl. WHOA-regeling);⁵⁷
- verruiming van de reikwijdte van de surseanceregeling (met inbegrip van de akkoordregeling) tot preferente schuldeisers en schuldeisers wier vorderingen met (goederenrechtelijke) zekerheidsrechten zijn versterkt.⁵⁸

Naar onze mening zou de wetgever te zijner tijd in zijn beoordeling het volgende dienen te betrekken bij het formuleren van voorstellen tot wijziging van de regeling van de surseance van betaling:

- Is een formele herstructureringsprocedure nodig, dan zal de WHOA vermoedelijk het eerste *weapon of choice* zijn. Bij aanpassing of aanvulling van de surseanceregeling moet de wetgever zichzelf de vraag stellen waarin de meerwaarde van de

(zie volgende voetnoot). De voorspelbaarheid en efficiëntie van insolventieprocedures is niet gebaat bij elkaar snel opvolgende wijzigingen, aldus de NVB (Consultatiereactie NVB, nr. 7).

⁵³ Op 7 december 2022 publiceerde de Europese Commissie een voorstel voor een richtlijn die strekt tot harmonisatie van regelgeving van EU-lidstaten op het terrein van het insolventierecht (COM(2022) 702 final). Het richtlijnvoorstel moet nog het Europese wetgevingsproces doorlopen. Naar verwachting neemt dat proces enkele jaren in beslag. De richtlijn zal vervolgens in nationale wetgeving moeten worden omgezet. De Europese wetgever geeft de nationale wetgevers daarvoor vaak twee jaar de tijd. Hoewel het derhalve nog enige tijd duurt voordat het Nederlandse insolventierecht moet worden aangepast aan de definitieve Europese richtlijn, bestaat de mogelijkheid dat de Nederlandse wetgever anticiperend op de komst daarvan de komende jaren wetgeving zal laten aansluiten bij het richtlijnvoorstel zoals dat in december 2022 is gepubliceerd.

⁵⁴ Consultatiereactie NOVA, nr. 4.1. e.v. en Consultatiereactie Boels Zanders Advocaten, p. 5.

⁵⁵ Consultatiereactie JIRA, p. 8. *Ipso facto* clausules zijn bepalingen die overeenkomsten automatisch doen eindigen of (een) partij(en) het recht geeft/geven de overeenkomst te beëindigen wanneer bepaalde specifieke omstandigheden zich voor doen. Art. 7 lid 5 van de Herstructureringsrichtlijn verplicht de EU-lidstaten tot het nemen van maatregelen die voorkomen dat schuldeisers “nog uit te voeren overeenkomsten ... beëindigen, versnellen of anderszins wijzigen”. De Nederlandse wetgever heeft ervoor gekozen de Herstructureringsrichtlijn in de WHOA te implementeren en niet (ook) in de surseance van betaling. Het geciteerde voorschrift noodzaakt niet tot aanpassing van de WHOA-regeling omdat deze reeds voorziet in een verbod op *ipso facto*-clausules, namelijk in art. 373 lid 3 Fw. JIRA verwijst naar deze regeling.

⁵⁶ Consultatiereactie Linklaters, nrs. 1.47-1.48.

⁵⁷ Consultatiereactie Linklaters, nrs. 1.49-1.50.

⁵⁸ Consultatiereactie Linklaters, nrs. 1.51-1.52, Consultatiereactie Nauta Dutilh, p. 5 en Consultatiereactie Insolad, nr. 52.

surseanceregeling kan liggen. Op het continuüm van de Wereldbank (zie § 3 van deze bijdrage) is de surseance een ‘zwaarder’ herstructureringsinstrument dan de WHOA. Immers, het bestuur van de schuldenaar is tijdens surseance niet langer zonder medewerking van de bewindvoerder (beschikkings)bevoegd is en de verhaalsbevoegdheid van de concurrente schuldeisers is van rechtswege geschorst. Het ligt daarom wat ons betreft voor de hand dat de surseance geen *debtor in possession*-procedure wordt.⁵⁹

- Ook ligt het wat ons betreft voor de hand dat de mogelijkheden tot beëindiging van arbeidsovereenkomsten tijdens surseance worden verruimd.⁶⁰ De verruiming zou wel gepaard moeten gaan met een rechterlijke toets of ontslag om zogenoemde ETO-redenen daadwerkelijk nodig is. Thans geldt in een op liquidatie gericht faillissement een van het reguliere ontslagrecht sterk afwijkende regeling. Het voorstel van de curator tot ontslag van werknemers wordt door de rechter-commissaris slechts marginaal getoetst.⁶¹
- Het ingrijpen in overeenkomsten is een voor Nederland betrekkelijk nieuw (herstructurerings)fenomeen en doet afbreuk aan het beginsel van contractsvrijheid. Naar onze mening moet met introductie van dit middel buiten de WHOA behoedzaam worden omgegaan. Deze rechtsfiguur dient in de rechtspraak en literatuur beter te worden verkend en ontwikkeld.
- Bij de akkoordregeling dienen geen verdelingsregels te worden geïntroduceerd die afwijken van de verdelingsregels die buiten insolventieprocedures gelden, tenzij daarvoor een goede rechtvaardiging bestaat. Dit betekent naar onze mening bijvoorbeeld dat de “20%-uitkeringsgarantie” die de WHOA voor zogenoemde kleine schuldeisers kent (art. 374 lid 2 Fw), niet in de regeling van het surseanceakkoord moet worden overgenomen.
- De NVB bepleit – naar ons oordeel terecht – dat in het surseanceakkoord een cash-out optie moet toekomen aan schuldeisers wier vorderingen zijn gedekt door goederenrechtelijke zekerheidsrechten. Wat betreft de positie van de pand- en hypotheekhouder is volgens de NVB noodzakelijk dat hun positie door de surseance van betaling niet zal verslechteren. Voor zover dit mogelijk toch het geval zou kunnen zijn, dient in de regeling te worden opgenomen dat (ambtshalve of op verzoek van de pand- of hypotheekhouder) de rechtbank maatregelen moeten kunnen treffen om de

⁵⁹ In dezelfde zin Consultatiereactie NVB, nrs. 46-49 en Consultatiereactie Windt Le Grand Leeuwenburgh, nr 9. In het Concept Wetsontwerp voor een nieuwe surseanceregeling dat Insolad in 2015 publiceerde, introduceerde Insolad de mogelijkheid de benoeming van een bewindvoerder achterwege te laten en dus van de surseance een *debtor in possession*-procedure te maken (zie art. 215 lid 4 van het Concept Wetsontwerp). In haar Consultatiereactie noemt Insolad die mogelijkheid niet. Wel bepleit Insolad dat de rechtbank bij de surseanceverlening de verdeling van de bevoegdheden tussen de schuldenaar en de bewindvoerders bepaalt en die verdeling tussentijds kan wijzigen (Consultatiereactie Insolad, p. 22). De NVB bepleit handhaving van het tandem bestuur(der)-bewindvoerder (Consultatiereactie NVB, nrs. 63 e.v.). Linklaters vraagt in de Consultatiereactie (nr. 1.45) aandacht voor het feit dat de bewindvoerder zijn plaats moet kennen en niet het bestuur terzijde moet schuiven door dwingend op te treden. Wij delen dit standpunt.

⁶⁰ De regeling opgenomen in art. 239 Fw biedt ten opzichte van het ontslagrecht buiten surseance van betaling slechts een marginale verruiming. Ook Insolad en Nauta Dutilh bepleiten een verruiming van de mogelijkheden om arbeidsovereenkomsten te beëindigen tijdens surseance (Consultatiereactie Insolad, nr. 12 en Consultatiereactie Nauta Dutilh, p. 5). Vakbonden FNV en CNV zijn tegen een dergelijke verruiming (Consultatiereactie FNV & CNV, p. 2).

⁶¹ Daarbij merken we wel op dat art. 13a Fw werknemers beschermt tegen misbruik van faillissement om personeel te lozen.

- belangen van de betreffende schuldeisers te beschermen. In de VS staan dergelijke maatregelen bekend onder het leerstuk van de *adequate protection*.⁶²
- Het leerstuk van *adequate protection* is eveneens relevant voor de afkoelingsperiode.⁶³ De NVB doet de suggestie om een regeling op te nemen ter zake van gebruik, verbruik en vervreemding in het kader van de normale bedrijfsuitoefening door de sursiet en bepleit het opleggen van de verplichting aan de sursiet om bij gebruik, verbruik en vervreemding van ‘afgekoelde goederen’ vervangende zekerheid te verstrekken aan de schuldeiser die zekerheidsrechten heeft op die goederen.⁶⁴ Ook tijdens de afkoelingsperiode moeten volgens de NVB de principes van *adequate protection* voor zekerheidsgerechtigden gelden. Wij sluiten ons bij de NVB aan.

5. Faillissement

5.1 Rechtskarakter en doel van het faillissement en de taak van de curator

Het faillissement wordt uitgesproken ten behoeve van allen die bij het vermogen van de schuldenaar belang hebben.⁶⁵ Het wordt beschouwd als een algemeen beslag op het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers.⁶⁶ Het constitutieve vonnis tot faillietverklaring bewerkstelligt dit algemene beslag.

Het faillissement is een verhaalsinstrument. Lange tijd sloot de taak van de curator naadloos hierop aan: beheer van de vermogensbestanddelen die onder het faillissementsbeslag vallen (de boedel) gevolgd door executoriale verkoop van die vermogensbestanddelen en verdeling van de verhaalsopbrengsten onder de schuldeisers met inachtneming van de rang van hun respectieve vorderingen (art. 68 lid 1 en 179 e.v. Fw). Zo moet worden bereikt dat iedere schuldeiser krijgt waarop hij recht heeft. Omdat de curator optreedt ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, is het logisch dat de kosten van de ‘beheers- en executiewerkzaamheden’ die hij verricht of laat verrichten uit de verhaalsopbrengsten worden voldaan (art. 182 Fw) en daarmee ten laste van de gezamenlijke schuldeisers komen. In de insolventiepraktijk is de *usance* ontstaan dat kosten die de curator maakt ten behoeve van een individuele schuldeiser (waaronder ook een leverancier die zaken onder eigendomsvoorbehoud heeft geleverd) worden gedragen door die specifieke schuldeiser. Voor boedelbijdragen die de curator van de pand- of hypotheekhouder kan vragen, zijn richtlijnen opgenomen in de Separatistenregeling die hoort bij de Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling.

⁶² Zie A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 339 e.v. Zie ook Core Principle nr. 7 van de EBRD: “The insolvency system should ensure equal treatment among creditors with similar economic and legal interests in the debtor’s estate and should protect secured creditors from an erosion in the value of their security.”

⁶³ De afkoelingsperiode kan op de belangstelling van Hennie rekenen. In de serie SDU Commentaar Insolventierecht verzorgt hij het commentaar op de art. 63a-63c Fw over de afkoelingsperiode in faillissement. Ook verzorgde Hennie een voordracht op het Insolad jaarcongres 2005 waarin hij diverse voorstellen met betrekking tot aanvulling van de (destijds zeer summiere) regeling van de afkoelingsperiode deed. Zie over dit congres E.L. Zetteler, ‘Verslag Insolad jaarcongres 2005 ‘De nieuwe faillissementswet’’, *Tvl* 2006/10.

⁶⁴ Consultatiereactie NVB, nr. 52. Zie ook Consultatiereactie Nauta Dutilh, p. 7.

⁶⁵ Vgl. HR 11 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2004, *NJ* 2021/232, *JOR* 2021/98, rov. 3.2.

⁶⁶ In de parlementaire geschiedenis van de Faillissementswet wordt het faillissement meermaals als algemeen beslag gekarakteriseerd. In het advies van de Raad van State is bijvoorbeeld opgetekend: “het hoofdbeginsel (...) waarvan de juistheid door den Raad van State ten volle wordt beaamd – dat namelijk het faillissement is een gerechtelijk beslag op het gehele vermogen des schuldenaars ten behoeve zijner gezamenlijke schuldeisers” (N.E.D. Faber en S.C.J.J. Kortmann, *Geschiedenis van de Faillissementswet (heruitgave Van der Feltz I)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 29 (advies RvS)).

In de loop der tijd is het takenpakket van de curator uitgebreid. Hij fungeert niet meer louter als gerechtelijk vereffenaar, maar onder meer ook als opruimer van insolvente/inactieve ondernemingen, ‘opsporingsinstantie’ (art. 68 lid 2 Fw) en hoeder van maatschappelijke belangen als behoud van werkgelegenheid.⁶⁷ Verder is de curator belast met de naleving van publiekrechtelijke regelgeving zoals milieuwetgeving. Hierna gaan we nog in op de taken van de curator. Op deze plaats volstaan we met twee observaties en een voorbeeld ter illustratie van ons betoog.

In de eerste plaats signaleren wij dat weliswaar het takenpakket van de curator is uitgebreid, maar dat het doel en rechtskarakter van het faillissement ongewijzigd zijn gebleven. Daardoor ontstaat geregeld onduidelijkheid over hoe de nieuwe taken van de curator zich verhouden tot zijn kerntaak als gerechtelijk vereffenaar. Dat is onwenselijk.⁶⁸ De taken van de curator dienen aan te sluiten bij het doel en rechtskarakter van het faillissement.⁶⁹

Wij vinden dat het faillissement primair moet blijven fungeren als collectieve verhaalsprocedure en dat de primaire taak van de curator beheer en vereffening van de boedel moet blijven.⁷⁰ De aan de curator toegekende bevoegdheden moeten dienstig zijn aan uitvoering van deze taak. Met het opleggen van andere taken aan de curator, moet terughoudend worden omgesprongen.⁷¹ Voorts dient de wetgever zich expliciet de vraag te stellen of de curator geëquipeerd is om een bepaalde taak die verband houdt met of voortvloeit uit beëindiging van bedrijfs- of ondernemingsactiviteiten te verrichten en de curator richting te geven in gevallen waarin uitoefening van zijn verschillende taken leidt tot botsende belangen.⁷² In diverse reacties op het Consultatiedocument wordt voorgesteld de curator ten aanzien van andere dan beheers- en vereffeningswerkzaamheden hooguit een coördinerende rol te geven.⁷³ Wij kunnen ons daarin vinden.

Onze tweede observatie betreft de vergoeding van de kosten van de werkzaamheden die de curator verricht. De kosten die gemoeid zijn met de uitvoering van andere taken dan beheer en vereffening van de boedel worden thans uit de boedel voldaan. Daarmee komen deze kosten ten laste van de gezamenlijke schuldeisers. Als de boedel niet toereikend is, draait het advocatenkantoor waaraan de curator is verbonden op voor de kosten. De reacties op het Consultatiedocument rechtvaardigen wat ons betreft de stelling dat de *communis opinio* inmiddels is dat de kosten die gemoeid zijn met

⁶⁷ Zie o.a. HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, NJ 1996/472, rov. 3.5. (Sigmacon II) en HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1494, JOR 2019/269 rov. 3.2.2 (Ruwaard van Putten Ziekenhuis). Zie voorts de prejudiciële vragen die de Hoge Raad stelde aan het Hof van Justitie in de Heiploeg-zaak: HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, NJ 2020/234 en JOR 2020/162, rov. 5.2 onder (vi) en HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954, NJ 2020/235 en JAR 2020/163, rov. 5.2 onder (vi).

⁶⁸ Kienhuis Hoving refereert in dit verband aan een onderzoek naar belemmeringen bij de aanpak van onregelmatigheden door curatoren en constateert dat binnen de curatorengemeenschap geen eenduidige opvatting bestaat over de rol en taak van de curator (Consultatiereactie Kienhuis Hoving, p. 3). Zie voor de rapportage van het onderzoek: J.M.W. Pool, H. Pluut en R.D. Vriesendorp, ‘Belemmeringen bij de aanpak van onregelmatigheden door de curator’, *Recht der Werkelijkheid* 2021 afl. 1, p. 10-36. JIRA signaleert dat curatoren verschillend omgaan met het al dan niet laten prevaleren van maatschappelijke belangen boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en acht dat – naar onze mening terecht – onwenselijk (Consultatiereactie JIRA, p. 10).

⁶⁹ Vgl. Consultatiereactie Kienhuis Hoving, p. 3: “Wij menen dat de taak van een curator invulling dient te krijgen door deze af te zetten tegen de uitgangspunten van het faillissement en de slotsommen die daaruit worden getrokken. De functie van een curator is om de daaruit voortvloeiende taken uit te voeren.”

⁷⁰ In dezelfde zin: Consultatiereactie Insolad, nr. 17, Consultatiereactie NVB, nr. 95 en Consultatiereactie Houthoff, nr. 4.14.

⁷¹ Vgl. Consultatiereactie Teekens Karstens, p. 5: “Bij elke nieuwe regel of nieuwe taak die de wetgever invoert zou gedegen onderzoek gedaan moeten worden naar de te verwachten effecten.”

⁷² Vgl. Consultatiereactie NOvA, nr. 7.11 en Consultatiereactie Houthoff, nrs. 4.6-4.7, 4.10 en 4.13-4.14.

⁷³ Consultatiereactie Insolad, nr. 20 en Consultatiereactie Kienhuis Hoving, p. 3.

de uitvoering van andere taken dan beheer en vereffening van de boedel niet uit de boedel moeten worden voldaan en dat het evenmin gerechtvaardigd is dat deze kosten gedragen worden door het advocatenkantoor van de curator indien de boedel ontoereikend is. In diverse reacties op het Consultatiedocument wordt bepleit dat de uitvoering van publieke taken met publieke middelen moeten worden bekostigd.⁷⁴ Wij sluiten ons bij dat pleidooi aan.

Als voorbeeld noemen we fraudebestrijding. In de faillissementspraktijk besteedden curatoren in de afgelopen jaren meer aandacht dan voorheen aan de strafrechtelijke aspecten van onoorbare gedragingen die in de periode voorafgaand aan het faillissement hadden plaatsgevonden. In de memorie van toelichting bij de Wet versterking positie curator⁷⁵ is het huidige tweede lid van art. 68 Fw gepresenteerd als een voortborduren op de reeds bestaande werkwijze, waarbij werd opgemerkt dat de introductie van de fraudesignaleringsplicht “tot beperkte extra inspanningen van de curator leidt. Naar verwachting zullen die bescheiden van omvang zijn.”⁷⁶ De Tweede Kamer was er evenwel niet gerust op. In de parlementaire behandeling is herhaaldelijk aandacht gevraagd voor de vraag hoe de extra werkzaamheden zouden moeten worden bekostigd.⁷⁷ Kennelijk was de verwachting van de Tweede Kamerleden dat de extra inspanningen ter bevordering van de fraudebestrijding niet louter marginaal zouden zijn. In het enige amendement bij het wetsvoorstel is aangedrongen op evaluatie van het functioneren van de regeling inzake fraudeonderzoek omdat de kosten daarvan voor rekening van de schuldeisers komen.⁷⁸

Wat valt op? In de eerste plaats wordt de introductie van een nieuwe verplichting voor de curator gepresenteerd als het voortbouwen op een bestaande praktijk, terwijl welbeschouwd die nieuwe verplichting kan conflicteren met de reeds bestaande verplichting. Deze benadering brengt mee dat een grondige analyse van de nieuwe verplichting ontbreekt. Vragen als: ‘Wat omvat de fraudesignaleringsplicht precies?’, ‘Hoe verhoudt deze verplichting zich tot de taak van de curator tot het realiseren van een maximale opbrengst voor de schuldeisers?’ en ‘Is de curator voldoende geëquipeerd om zijn verplichting tot fraudesignalering te vervullen?’ blijven derhalve onbeantwoord. Verder wordt als gegeven aangenomen dat de kosten van een fraudeonderzoek voor rekening van de schuldeisers zijn. Niet blijkt dat de wetgever heeft overwogen deze extra kosten door de samenleving te laten dragen.⁷⁹

Het voorbeeld illustreert wat ons betreft dat herbezinning van het takenpakket van de curator op zijn plaats is. Ook de ontwikkeling van de rechtspraak over boedelschulden noodzaakt hiertoe vinden wij. Wij verwijzen hiervoor naar paragraaf 5.5.

5.2 De verhoudingen tussen andere belangen en het belang van de schuldeisers

In paragraaf 2.2 hebben wij geconstateerd dat het (primaire) doel van insolventieprocedures is het dienen van het belang van de schuldeisers. Dat geldt dus ook voor het faillissement (zie vorige paragraaf). In het Nederlandse insolventierecht zien wij echter dat de mogelijkheid bestaat dat de

⁷⁴ Consultatiereactie FNV & CNV, p. 2-3, Consultatiereactie Insolad, nr. 25, Consultatiereactie NOvA, nr. 7.13, Consultatiereactie FAAN, p. 2 en p. 7-8, Consultatiereactie NVL, p. 10, Consultatiereactie NVB, nr. 95, Consultatiereactie Houthoff, nr. 4.6 en Consultatiereactie Teekens Karstens, p. 5.

⁷⁵ *Stb.* 2014/124 (wet) en *Stb.* 2014/176 (besluit inwerkingtreding).

⁷⁶ *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, nr. 3 (MvT), p. 7.

⁷⁷ Zie bijv. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, nr. 5 (Verslag), p. 7 en *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, nr. 13 (verslag wetgevingsoverleg), p. 8.

⁷⁸ *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, nr. 9 (amendement Van Wijngaarden en Recourt).

⁷⁹ In hun reactie op het in consultatie gebrachte voorontwerp voor de Wet versterking positie curator hebben vakcentrales FNV, CNV en VCP voorgesteld de niet-vereffeningstaken van de curator anders te bekostigen dan uit de boedel (brief van 20 mei 2014 van FNV, CNV en VCP, p. 4). De reacties op het Consultatiedocument leren dat inmiddels veel praktijkbeoefenaren en stakeholders zich bij dit pleidooi hebben aangesloten.

curator naast het belang van de schuldeisers ook ‘belangen van maatschappelijke aard’ nastreeft. Daarbij noemt de Hoge Raad – niet limitatief – de continuïteit van de onderneming en belangen van werkgelegenheid.⁸⁰ Saillant daarbij is dat volgens de Hoge Raad de curator belangen van maatschappelijke aard kán laten prevaleren boven het belang van een individuele schuldeiser, waaronder een separatist.

Welke belangen als belangen van maatschappelijke aard moeten worden beschouwd die boven de belangen van een individuele schuldeiser kúnnen gaan, maakt de Hoge Raad niet duidelijk. Dat een belang niet snel als zodanig wordt aangemerkt, blijkt wel uit de uitspraak dat het belang van een doelmatige afwikkeling van een faillissement niet als een zodanig belang wordt aangemerkt.⁸¹

De Hoge Raad heeft zich niet uitgesproken over het antwoord op de vraag of belangen van maatschappelijke aard ook kunnen prevaleren boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Het lijkt erop dat de Hoge Raad deze mogelijkheid – in onze ogen terecht – niet aanvaardt. In de arresten waarin de Hoge Raad prejudiciële vragen heeft gesteld aan het Hof van Justitie over de rol van de pre-pack in het Nederlandse recht (zie hierna, § 5.6), gaf de Hoge Raad een samenvatting van het Nederlandse faillissementsrecht. Daarbij overwoog de Hoge Raad dat voor de curator en de rechter-commissaris in een faillissement waaraan een pre-pack vooraf is gegaan dezelfde eisen gelden als voor de curator en de rechter-commissaris in een faillissement zonder pre-pack:

“Zij zijn (...) op grond van hun wettelijke taak gehouden te beoordelen of de voorafgaand aan de faillietverklaring voorbereide overgang van (een deel van) de onderneming in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers, en indien zij deze vraag ontkennend beantwoorden, te beslissen dat die overgang geen doorgang zal vinden.”⁸²

Hieruit volgt dat in elk geval het belang van continuïteit van de onderneming en dat van werkgelegenheid niet kunnen prevaleren boven dat van de gezamenlijke schuldeisers. Dit sluit aan bij de benadering waarin de verwezenlijking van het belang van de gezamenlijke schuldeisers het primaire doel van het insolventierecht is. Wel overwoog de Hoge Raad nog:

“Bovendien zijn zij [de rechter-commissaris en de curator; auteurs] steeds bevoegd om op andere gronden te beslissen dat een voorafgaand aan de faillietverklaring voorbereide overgang van (een deel van) de onderneming niet zal plaatsvinden, bijvoorbeeld omdat andere maatschappelijke belangen, zoals het belang van werkgelegenheid, zich daartegen verzetten.”⁸³

Het is niet eenvoudig om deze passage in de overwegingen van de Hoge Raad te duiden. Immers, op het eerste gezicht lijkt het zo te zijn dat door de voorbereide overgang van onderneming juist het belang van de werkgelegenheid wordt gediend. Hoe kan het dan zijn dat de werkgelegenheid erbij is gediend om de voorbereide overgang af te wijzen op grond van het belang van de werkgelegenheid? Wellicht heeft de Hoge Raad hier het oog gehad op het geval dat in een biedingsproces tijdens het faillissement een derde zich meldt die bereid is om meer werknemers over te nemen dan het geval zou zijn bij de voorbereide overgang. Wij nemen aan dat bij deze twee concurrerende biedingen het schuldeisersbelang nog steeds prevaleert. Dat wil zeggen dat de curator gehouden is om het bod te accepteren waarbij voor de onderneming het hoogste bedrag wordt betaald. Daarbij tekenen wij aan dat deze hogere koopprijs in de regel een garantie zal zijn dat de koper de onderneming voor

⁸⁰ Zie voetnoot 67 voor de vindplaatsen van deze rechtspraak.

⁸¹ HR 9 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN7817, NJ 2004/293 (Curatoren Mobell/Interplan).

⁸² HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, NJ 2020/234 en JOR 2020/162, rov. 3.6.4 (FNV/Heiploeg Seafood & Heitrans).

⁸³ HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, NJ 2020/234 en JOR 2020/162, rov. 3.6.4 (FNV/Heiploeg Seafood & Heitrans).

langere tijd zal voortzetten, hetgeen zal leiden tot het meeste behoud van werkgelegenheid voor de lange termijn.

5.3 Boedelschulden/grenzen aan het verwezenlijken van het belang van de gezamenlijke schuldeisers

Hierboven hebben wij vastgesteld dat het insolventierecht primair dient om de belangen van de schuldeisers te verwezenlijken en dat andere belangen niet kunnen prevaleren boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Daarbij hoort wel een belangrijke kanttekening. Namelijk dat het verwezenlijken van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers is gebonden aan de grenzen van het recht. Dat brengt ons op het vraagstuk van de boedelschulden. Wij beperken ons daarbij tot de hoofdlijnen.

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat schulden boedelschulden zijn,⁸⁴ als

- de wet deze schulden als boedelschulden aanduidt. Gedacht kan daarbij bijvoorbeeld worden aan art. 39 en 40 Fw, die bepaalde schulden uit huur- en arbeidsovereenkomst als boedelschulden kwalificeren;
- deze schulden voortvloeien uit een overeenkomst die de curator in zijn hoedanigheid is aangegaan. Gedacht kan worden aan de beloning van door de curator ingeschakelde partijen; of
- op de curator een in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting rust die hij schendt. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de verplichting een door de failliet gehuurd pand niet te gebruiken in strijd met de bepalingen van de huurovereenkomst, zoals bijvoorbeeld de verplichting om dit pand niet onder te verhuren. Ook kan worden gedacht aan de verplichting van de curator om wetgeving, zoals bijvoorbeeld milieuwetgeving, na te leven.

De eerste twee gronden om een schuld als boedelschuld te kwalificeren, zijn voor het onderhavige onderwerp niet van belang. De derde grond is dat wel. Deze grond houdt – kort gezegd – in dat de curator bij het dienen van het belang van de gezamenlijke schuldeisers *in zijn hoedanigheid* geen onrechtmatige daad of wanprestatie mag plegen. Hij mag de belangen van de gezamenlijke schuldeisers alleen behartigen binnen de grenzen van het recht. Wij onderschrijven deze gedachte.

Wel tekenen wij aan dat deze regel beperkt moet blijven tot het geval waarin de curator door zijn handelen nieuwe schulden doet ontstaan. Van de curator mag bijvoorbeeld worden verwacht dat hij niet de exploitatie van de onderneming van de failliet continueert als daarmee bijvoorbeeld uitstootnormen worden overschreden. Doet hij dat wel, dan kan aan de curator een dwangsom worden opgelegd en is deze dwangsom boedelschuld. Op dezelfde wijze ontstaat aansprakelijkheid voor de curator in zijn hoedanigheid op het moment dat hij in zijn hoedanigheid onrechtmatig schade veroorzaakt.

Het bereik van deze regel moet echter niet zover gaan dat de curator door het bestaan van boedelschulden wordt gedwongen om onrechtmatig handelen van de failliet uit het verleden te redresseren op straffe van het ontstaan van een boedelschuld. Heeft vóór het faillissement de failliet bijvoorbeeld onrechtmatig milieuschade veroorzaakt, en rust op de failliet de verplichting om die schade ongedaan te maken, dan is de schadevergoedingsverplichting een faillissementsschuld en geen boedelschuld. Dat behoort naar onze mening niet te veranderen doordat de overheid de

⁸⁴ HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013/291 (Koot Beheer/Tideman q.q.).

curator een last onder dwangsom oplegt om deze schade ongedaan te maken. Dit zou er immers toe leiden dat een faillissementsschuld ‘promoveert’ tot boedelschuld.⁸⁵

Hiermee vormt het ontstaan van boedelschulden ook een grens aan de hierboven besproken bevoegdheid van de curator om de belangen van individuele schuldeisers terzijde te schuiven om belangen van maatschappelijke aard na te streven. Deze bevoegdheid bestaat niet voor zover de curator hiermee een onrechtmatige daad pleegt door een op hem in zijn hoedanigheid rustende rechtsplicht te verzaken.

5.4 Separatisten versus ‘het boedelbelang’: een schijntegenstelling

Onderdeel van het Nederlandse insolventierecht is dat de separatisten zoals de pand- en hypotheekhouder hun rechten kunnen uitoefenen als ware er geen faillissement (art. 57 lid 1 Fw). Onderdeel daarvan is dat de separatisten niet worden omgeslagen in de faillissementskosten. Dat zorgt voor een spanningsveld tussen het belang van de separatisten en ‘het boedelbelang’. Immers, in het geval de separatist een verpand of verhypothekerd goed met succes uitwint, dan ontvangt de boedel daarvan in de regel niet of nauwelijks baten. Daarmee is er minder actief beschikbaar voor het voldoen van de boedelkosten, zoals het salaris van de curator. De curator zal er aldus belang bij hebben om zoveel mogelijk verpande en/of verhypothekerde goederen in de boedel te betrekken, terwijl de separatist het omgekeerde belang heeft.

Dit belangenconflict leidt soms tot wrevel tussen separatisten en curatoren, maar roept ook een interessante vraag op. Hoe verhoudt het ‘boedelbelang’ zich tot het belang van de gezamenlijke schuldeisers, althans de separatist?⁸⁶ Wij zijn van mening dat deze vraag moet worden beantwoord vanuit de beginselen van het insolventierecht. Daarbij is met name het respecteren van de wettelijke rangorde van schuldeisers van belang. De wet verleent aan de pand- en hypotheekhouder een hoge rang (art. 3:279 BW). Het insolventierecht behoort deze rang (feitelijk) te respecteren. Als met het ‘boedelbelang’ wordt bedoeld dat de curator en/of de boedelschulden moeten worden betaald, dan legt dit onvoldoende gewicht in de schaal om af te wijken van de rangorde van schuldeisers. Daarbij verdient het opmerking dat het afzetten van het boedelbelang tegenover ‘de separatist’ een onzuivere voorstelling van zaken geeft. Essentie van het insolventierecht is dat het belang van de gezamenlijke schuldeisers wordt gediend. Door uitkering te bewerkstelligen conform de rangorde, wordt het belang van de gezamenlijke schuldeisers gediend. Uitkering aan de separatist is dus het dienen van het belang van de gezamenlijke schuldeisers.

⁸⁵ In HR 4 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:833, NJ 2021/233 en JOR 2021/250 (Ridderkerkse Taxi Centrale) oordeelde de HR dat schulden die voortvloeien uit bestuursrechtelijke lasten die aan de curator zijn opgelegd wegens de niet-naleving van milieuwetgeving, (zonder meer) boedelschulden opleveren. Wij vinden dat de Hoge Raad ten onrechte geen onderscheid maakt tussen overtredingen die vóór faillissement zijn begaan/aangevangen en overtredingen die na faillissement – onder ‘leiding’ van de curator – zijn begaan. Onzes inziens zouden alleen schulden die voortvloeien uit de laatstbedoelde categorie overtredingen moeten resulteren in het ontstaan van boedelvorderingen. Zien wij het goed, dan bepleit ook Verstijlen deze benadering. Hij stelt: “De curator treedt niet in alle rechten en verplichtingen van de schuldenaar, ook niet in al diens milieurechtelijke verplichtingen. Zijn verantwoordelijkheid op dit punt reikt niet verder dan de boedel. De curator kan niet in zijn hoedanigheid lastig worden gevallen met alles wat de schuldenaar gedurende het faillissement misdoet of voordien heeft misdaan.” (F.M.J. Verstijlen, ‘Het hellend vlak, maar dan glibberig’, *TvI* 2021/20). In deze benadering zouden schulden aan overheden die voortvloeien uit de overtreding van milieurechtelijke verplichtingen die vóór faillissement zijn begaan of aangevangen, kwalificeren als faillissementsschulden, ook als de overheid pas na datum faillietverklaring (handhavings)maatregelen heeft genomen.

⁸⁶ Zie hierover M. van Wingerden & H.J. Damkot, ‘Voorstel tot systeemwijziging om belangenconflicten weg te nemen en de faillissementsafwikkeling harmonieuzer, voorspelbaarder en efficiënter te maken’ in: B. Rikkert e.a. (red.), *Het Verdelingsvraagstuk, Insolad Jaarboek 2022*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 295-342.

5.5 Governance

5.5.1 Inleiding

Onder governance in insolventieprocedures verstaan wij het geheel van maatregelen die het sturen van, het beheersen van en het toezicht houden op insolventieprocedures waarborgen.⁸⁷ Voor de inrichting van de governance is wederom relevant wat het doel van het faillissement is. Hierboven hebben wij uiteengezet wat dat doel volgens ons zou moeten zijn. De vervolgvraag is dan hoe wordt bewerkstelligd dat het doel van het faillissement – opbrengstmaximalisatie in het belang van de gezamenlijke schuldeisers – op een zo efficiënt mogelijke en transparante en voorspelbare wijze wordt verwezenlijkt en dat geschillen op efficiënte en onpartijdige wijze worden beslecht binnen een termijn die waardemaximalisatie mogelijk maakt.

Wij vinden hierbij steun bij de hierboven besproken internationale organisaties. Ook zij staan efficiëntie, transparantie en voorspelbaarheid voor. De Uncitral Legislative Guide on Insolvency Law spreekt (in recommendation 1(e)) over “timely, efficient and impartial resolution of insolvency” en (in recommendation 1 (g)) over “a transparent and predictable insolvency law that contains incentives for gathering and dispensing information.”⁸⁸ De Principles for effective insolvency and creditor/debtor regimes van de Wereldbank spreken over “timely, efficient, and impartial resolution of insolvencies” en “a transparent procedure that contains, and consistently applies, clear risk allocation rules and incentives for gathering and dispensing information.”⁸⁹

De vraag is of de huidige governance van Nederlandse insolventieprocedures inderdaad leidt tot die transparantie, efficiëntie en voorspelbaarheid en of geschillen efficiënt, onpartijdig en tijdig worden beslecht. Wij beperken ons hier tot de faillissementsprocedure en lichten toe waarom naar onze mening de governance in deze procedure verbetering behoeft.

5.5.2 Transparantie – overleg en informatie-uitwisseling met de schuldeisers

Wij menen dat de governance zodanig moet worden ingericht dat een open dialoog en informatie-uitwisseling tussen de curator en de schuldeisers wordt bevorderd. Deze open dialoog en informatie-uitwisseling dient om te komen tot optimale beslissingen bij de afwikkeling van een faillissement en om geschillen (die langspend kunnen zijn en waarvan de beslechting hoge kosten kunnen meebrengen) zoveel als mogelijk te voorkomen. In beginsel geldt dat de individuele schuldeisers op praktische en juridische gronden tot deze informatieverschaffing zijn gehouden, enerzijds op grond van hun rechtsverhouding tot de failliet en anderzijds op praktische gronden. Voor de curator ligt dit genuanceerder. In algemene zin rust op de curator niet de verplichting om informatie aan schuldeisers te verschaffen.⁹⁰ Wel roepen de Insolad praktijkregels nadrukkelijk op

⁸⁷ Deze definitie is ontleend aan de door Damkot en Van Wingerden gebezigde definitie in hun bijdrage ‘Voorstel tot systeemwijziging om belangenconflicten weg te nemen en de faillissementsafwikkeling harmonieuzer, voorspelbaarder en efficiënter te maken’ (opgenomen in B. Rikkert e.a. (red.), *Het Verdelingsvraagstuk. Insolad Jaarboek 2022*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 295 e.v.).

⁸⁸ *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, Parts One and Two (2004)*, p. 14.

⁸⁹ *Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes*, 2021 Edition. World Bank, p. 21.

⁹⁰ Wel zijn er wettelijke en in de rechtspraak ontwikkelde specifieke verplichtingen tot het verstrekken van informatie. Zie bijv. art. 73a Fw (faillissementsverslag), art. 76 Fw (inlichtingen aan de crediteurencommissie), art. 3:15j BW (inlichtingen aan individuele crediteuren) en art. 843a Rv (inzage in en afschrift van bepaalde bescheiden). Uit het Jomed II-arrest (HR 21 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS3534, *JOR* 2005/104) volgt voorts dat een schuldeiser zich op de voet van art. 69 Fw kan wenden tot de rechter-commissaris met het verzoek de curator te bevelen inlichtingen over het beheer en de vereffening van de boedel te verstrekken. In het arrest

om informatieverzoeken van crediteuren – in beginsel – te honoreren, al dan niet na in rekening brengen van de daaraan verbonden kosten.⁹¹ Wij zien echter in de praktijk dat deze dialoog en informatie-uitwisseling soms niet op gang komt of stukt.

De wet voorziet erin dat de dialoog tussen curator en de gezamenlijke schuldeisers plaats kan vinden via de crediteurencommissie. De betrokkenheid van een schuldeiserscommissie kan een transparante dialoog tussen curator en schuldeisers bevorderen. Helaas blijkt dat in de praktijk de nodige curatoren zich verzetten tegen het instellen van een crediteurencommissie.⁹² Een dergelijk verzet past onzes inziens niet binnen het kader van het doel van een insolventieprocedure, omdat dit niet tegemoetkomt aan een kennelijk gevoelde wens tot het verhogen van transparantie.

Ook in de reacties op het consultatiedocument vinden wij steun voor het ruimer gebruik van een crediteurencommissie. Zo pleit advocatenkantoor Nauta Dutilh ervoor dat de toezichthoudende rol van de rechter-commissaris – onder omstandigheden – kan worden overgenomen door een schuldeiserscommissie.⁹³ De Nederlandse Orde van Advocaten en advocatenkantoor Houthoff bepleiten het verplicht instellen van een schuldeiserscommissie op verzoek van (een quorum van) crediteuren.⁹⁴

5.5.3 Efficiëntie

Voor het realiseren van waardemaximalisatie is het in de eerste plaats van belang dat partijen een gedegen kosten-batenafweging maken. Dat ziet bijvoorbeeld op het voeren van vaak kostbare aansprakelijkheidsprocedures. Worden deze procedures gewonnen, dan vloeit er actief in de boedel als de opbrengsten hoger zijn dan de kosten. Wordt de procedure verloren, dan draagt de boedel – en daarmee de crediteuren – de kosten. In de praktijk bestaan met name over het voeren van aansprakelijkheidsprocedures de nodige geschillen tussen curatoren en crediteuren. In een dergelijk geschil heeft de crediteur slechts beperkte mogelijkheden om zijn mening te geven en de keuze van de curator om tot procederen over te gaan te beïnvloeden. De crediteur is aangewezen op de geschillenprocedure op de voet van art. 69 Fw. Daarbij komt dat de curator geen *'skin in the game'* heeft. Als hij de procedure verliest, dan heeft dat voor de curator geen negatieve gevolgen, voor de schuldeisers wel. Sterker nog, veel schuldeisers zullen aanvoeren dat de curator een eigen belang heeft de procedure wél te voeren, indien hij zelf of een kantoorgenoot als advocaat optreedt.

Tegen deze achtergrond moet een beslissing om een procedure te starten grondig en objectief worden getoetst. De praktijk leert dat in de geschillenprocedure ex art. 69 Fw een dergelijke toetsing niet altijd plaatsvindt. Het is dan ook niet verwonderlijk dat in de reacties op het Consultatiedocument de nodige kritiek op deze procedure is geuit. Het is raadzaam de crediteuren,

Hamm q.q./ABN AMRO (HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0861, *NJ* 2010/96 en *JOR* 2009/341) oordeelde de Hoge Raad dat de curator gehouden is aan de pandhouder gegevens te verstrekken die nodig zijn voor de incasso van verpande vorderingen.

⁹¹ Insolad Praktijkregels 2019, par. 8.1.

⁹² Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 21 juni 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BA7839 (Novacap) en Rb. Rotterdam 18 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9476, *JOR* 2016/80 (Imtech). De rechtspraak biedt overigens ook voorbeelden van gevallen waarin curatoren zich niet verzetten tegen het instellen van een schuldeiserscommissie. De curatoren aangesteld in het faillissement van reisbemiddelaar D-RT verzetten zich niet tegen het instellen van een schuldeiserscommissie; zie hierover uitgebreid [interne verwijzing opnemen naar bijdrage Tekstra in deze bundel]. Zie Rb. Noord-Holland 22 april 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:3382, *JOR* 2021/222 (Stichting SGR c.s./curatoren D-RT Groep e.a.). Zie voor een ander voorbeeld waarin curatoren het instellen van een schuldeiserscommissie steunden het faillissement van verzekeraar Conservatrix (Rb. Amsterdam 3 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:861, *JOR* 2021/189).

⁹³ Consultatiereactie Nauta Dutilh, p. 8 e.v.

⁹⁴ Consultatiereactie Nederlandse Orde van Advocaten, nr. 8 en Consultatiereactie Houthoff, nr. 6.6.

via de crediteurencommissie, een duidelijke rol te geven in de besluitvorming van de boedel omtrent het voeren van aansprakelijkheidsprocedures. Zo zou de crediteurencommissie de curator een instructie moeten kunnen geven zich te onthouden van het entameren van een dergelijke procedure. Het is immers het actief van de schuldeisers waarover de curator in een dergelijk geval beschikt om de procedure te bekostigen. Bij verschil van mening tussen de schuldeisers en de curator zou uiteindelijk de rechtbank als onafhankelijke derde een onpartijdige beslissing kunnen nemen.⁹⁵ Uiteraard kunnen de leden van de crediteurencommissie die een tegenstrijdig belang hebben niet aan de besluitvorming deelnemen.

5.6 Doorstart en pre-pack

Doorgaans betekent het faillissement het einde van de rechtspersoon die de onderneming dreef.⁹⁶ Het faillissement behoeft echter niet te betekenen dat ook de (exploitatie van de) onderneming eindigt. Art. 98 Fw verleent aan de curator de bevoegdheid de exploitatie van de onderneming tijdens faillissement voort te zetten. In gevallen waarin de onderneming (gedeeltelijk) levensvatbaar is, wordt soms door middel van een verkoop van de activa tijdens faillissement een doorstart gerealiseerd van de onderneming die de gefailleerde rechtspersoon exploiteerde. De onderneming wordt in dat geval voortgezet door de koper van de activa, een andere (rechts)persoon dan de gefailleerde schuldenaar-(rechts)persoon.⁹⁷

Voor de schuldeisers van de gefailleerde levert een succesvolle doorstart uit faillissement doorgaans een hogere opbrengst op dan een *piecemeal*-verkoop van de activa. Als de onderneming – eventueel in afgeslankte of aangepaste vorm – levensvatbaar is, hebben de schuldeisers daarom meestal belang bij het realiseren van een doorstart. Voor leveranciers levert dit bovendien de mogelijkheid op om een klant te behouden en daar in de toekomst zaken mee te blijven doen. Dat maakt de druiven minder zuur.

Een verkoop van activa (al dan niet in combinatie met een overdracht van passiva) voor het realiseren van een doorstart kan ook buiten faillissement geschieden. Verkeert de overdrager in financiële problemen en is een faillissement een reëel risico, dan is een activa- of activa/passiva-transactie echter wel riskant. De transactie kan immers door een latere curator mogelijk worden aangetast, bijvoorbeeld op grond van de *actio pauliana*. Daarbij komt dat een overdracht van een onderneming meebrengt dat de koper ook de personeelsleden van de verkoper in dienst moet nemen op basis van de arbeidsvoorwaarden van de verkoper (art. 7:662 e.v. BW, de regeling die bekend staat als ‘overgang van onderneming’). Worden de activa daarentegen tijdens faillissement door de curator verkocht, dan is er meer *deal certainty*:

- de verkoop kan niet op grond van de *actio pauliana* worden vernietigd; en

⁹⁵ Zie ook de door advocatenkantoor Houthoff gedane suggestie om de art. 69 Fw-procedure te laten behandelen door de rechtbank en niet zoals thans door de rechter-commissaris – Consultatiereactie Houthoff, nr. 6.5.

⁹⁶ Zie art. 2:19 lid 1 sub c. BW. Dit is alleen anders als het faillissement eindigt met een akkoord of als het faillissement wordt vernietigd.

⁹⁷ Een uitgebreide beschrijving van de doorstartpraktijk is bijv. te vinden in H.B. Oosthout, *De doorstart van een insolvente onderneming: niks of Phoenix*, Kluwer: Deventer 1998. Zie verder ook o.a. J.J. van Hees, ‘Herstructurering met behulp van faillissement’, in: G. van Solinge e.a. (red), *Herstructurering van ondernemingen in financiële moeilijkheden*, Deventer: Kluwer 2014, p. 51 e.v.

- de personeelsleden gaan niet automatisch mee over naar de koper. De koper kan kiezen welke personeelsleden hij overneemt. Bovendien nemen de overgenomen personeelsleden hun arbeidsverleden en arbeidsvoorwaarden niet mee naar de koper.⁹⁸

De doorstartpraktijk vanuit faillissement bestaat al lang.⁹⁹ Deze kreeg nauwelijks aandacht van politiek en media. Dit veranderde door de doorstart van kinderdagverblijf Estro door Smallsteps. Deze (tumultueuze) doorstart was geen ‘klassieke doorstart’ maar een doorstart die was voorbereid met gebruikmaking van de in 2011 in Nederland geïntroduceerde pre-pack. In een pre-pack is er voorafgaand aan het uitspreken van een faillissement contact met in een overname geïnteresseerde kandidaten. Voorbereiding van een mogelijke doorstart vóór faillissement maakt het mogelijk de exploitatie van de onderneming na faillietverklaring (nagenoeg) zonder onderbreking voort te zetten. In branches waarin een bedrijf sterk afhankelijk is van een of enkele grote afnemers (denk bijvoorbeeld aan leveranciers van versproducten aan supermarkten) is dat nodig om de onderneming in stand te kunnen houden. Zou de levering van een product of dienst ook maar een moment onderbroken worden, dan zal de afnemer zijn leverancier onmiddellijk inwisselen voor een ander. In de gevallen waar een doorstart alleen met spoed kan worden gerealiseerd, blijven bij een pre-pack meer klanten en banen behouden dan in vergelijking met de situatie waarin pas in faillissement wordt gestart met de voorbereiding van de doorstart. In deze gevallen levert een doorstart na een pre-pack vaak ook een hogere opbrengst op dan bij een klassieke doorstart. Het proces van voorbereiding van de doorstart tijdens een pre-pack wordt begeleid door degene die door de rechtbank is aangewezen als beoogd curator, op wiens functioneren de beoogd rechter-commissaris toezicht houdt.

Bij de doorstart van Estro verloren van de ongeveer 3800 werknemers circa 1200 werknemers hun baan. FNV vocht de buitenwerkingstelling van de regeling inzake overgang van onderneming bij doorstart vanuit faillissement aan en bepleitte dat art. 7:666 onder a BW in strijd was met Europees recht. Volgens FNV was daarom de regeling inzake overgang van onderneming van toepassing en waren de 1200 personeelsleden aan wie Smallsteps geen baan had aangeboden, automatisch bij Smallsteps in dienst getreden. Op hun respectieve arbeidscontracten waren de met Estro overeengekomen (arbeids-)voorwaarden van toepassing, aldus FNV.

Het Hof van Justitie stelde FNV en enkele meeprocederende werknemers in het gelijk.¹⁰⁰ Het oordeelde dat de regels omtrent overgang van onderneming alleen buiten toepassing kunnen worden gesteld als:

- sprake is van een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure;
- die is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder; en
- onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie.

Deze voorwaarden duiden we gezamenlijk aan als de ‘faillissementsexceptie’.

⁹⁸ Zie art. 7:666 onder a BW. Deze zogenoemde faillissementsexceptie is gebaseerd op de richtlijn inzake overgang onderneming en moet daarom richtlijnconform worden uitgelegd. Het betreft Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, *Pb EG L 82/16*.

⁹⁹ In 1937 oordeelde de Hoge Raad dat een verkoop van een onderneming door de curator de toets aan het destijds geldende art. 101 Fw – dat verkoop van goederen vóór het intreden van de staat der insolventie alleen toestond in twee (uitzonderings)gevallen – kon doorstaan (HR 27 augustus 1937, ECLI:NL:HR:1937:126, *NJ* 1938/9, arrest *Nieuw Plancius*). Het huidige art. 101 Fw zoals dat is gewijzigd door de Wet modernisering faillissementsprocedure (*Stb.* 2018, 299) beperkt de bevoegdheid van de curator om goederen te vervreemden niet meer. Wijziging van deze bepaling was (enkel) codificatie van de bestaande (doorstart)praktijk.

¹⁰⁰ HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489, *NJ* 2017/369 en *JOR* 2017/217 (FNV/Smallsteps).

Volgens het Hof kon de koper de faillissementsexceptie in de Estro-casus niet invoeren. Uit het oordeel van het Hof volgt dat van belang is met welke intentie het faillissement is voorbereid en vervolgens aangevraagd. Als het faillissement is voorbereid met als voornaamste doel voortzetting van de activiteiten die de gefailleerde verricht, dan kan dat een indicatie zijn dat de procedure niet is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. In het geval van Smallsteps oordeelt het Hof dat de pre-pack niet aan de vereisten voldeed om de faillissementsexceptie in te kunnen roepen. Het Hof wijst erop dat volgens de verwijzingsrechter de procedure was bedoeld om de continuïteit van de bedrijfsvoering (het openblijven van de kinderdagverblijven, althans de levensvatbare onderdelen daarvan) veilig te stellen.

Verder was de doorstart van de kinderdagverblijven grotendeels voorbereid door de onderneming zelf zonder enig toezicht vanuit de overheid. Er fungeerden weliswaar een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris, maar zij beschikten formeel gezien niet over enige bevoegdheid omdat de pre-pack niet wettelijk is geregeld. Van het onder 'toezicht staan van een bevoegde overheidsinstantie' kon (in deze zaak) dan ook dus niet worden gesproken omdat de pre-pack in Nederland geen wettelijke basis heeft. De Nederlandse pre-pack praktijk voldeed daarom niet aan de tweede en derde voorwaarde, aldus het Hof van Justitie. De faillissementsexceptie kon hier dus niet worden toegepast en de werknemers behielden hun rechten tegenover de koper van de activa.

Niet duidelijk wordt in hoeverre het Hof voor zijn beslissing relevant achtte dat de doorstart – de overgang van (een groot deel van) de onderneming – vanuit een pre-pack was voorbereid. Ook wordt niet duidelijk of en in hoeverre de omstandigheid dat de koper (Smallsteps) was gelieerd aan de gefailleerde (Estro) een rol speelt. Het was daarom onzeker of voor een doorstart vanuit faillissement waaraan geen pre-pack voorafgaat (een klassieke doorstart) respectievelijk een doorstart waarin de onderneming wordt verkocht aan een 'buitenstaander', de faillissementsexceptie wél geldt. De uitspraken van Nederlandse rechters die werden gedaan in zaken die speelden na de uitspraak van het Hof van Justitie laten een wisselend beeld zien.¹⁰¹

Deal certainty was altijd het voordeel van een doorstart vanuit faillissement door middel van een activa-transactie. De uitspraak van het Hof van Justitie in de Estro-zaak zorgde voor onzekerheid,

¹⁰¹ We behandelen vier uitspraken van Nederlandse rechters die 'post Estro' zijn gedaan. In een geschil over de doorstart van modewinkel Tuunte vanuit faillissement oordeelde de kantonrechter dat de regeling inzake overgang van onderneming niet van toepassing was. Aan het faillissement was geen pre-pack voorafgegaan, wel was er 'voorgesorteerd' op een mogelijke doorstart (Rb. Gelderland 1 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:447, *JAR* 2018/40 en *JOR* 2018/111). De doorstart van Bogra (producent van uitvaartkisten) leidde tot een geschil dat in hoger beroep door het Gerechtshof Amsterdam in het voordeel van de doorstarter is beslecht; de regeling inzake overgang van onderneming was volgens het hof niet van toepassing. Dragend voor het oordeel van het hof lijkt dat de gerealiseerde doorstart niet – althans: niet in detail – vóór faillissement is voorbereid en tijdens faillissement meerdere gegadigden – dus niet alleen de ondernemer zelf – in de race waren voor een doorstart (Gerechtshof Amsterdam 10 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2339, rov. 3.8). Een procedure waarin de rechter oordeelde dat de regeling inzake overgang onderneming wél van toepassing was, betrof de doorstart van transportbedrijf PGV, welke doorstart met een pre-pack was voorbereid (Rb. Limburg 26 september 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:9137, *JAR* 2018/263 en *JOR* 2018/316). Ten slotte noemen we de doorstart van bakkerij Vleems. Het betrof hier een in faillissement gerealiseerde doorstart door middel van een activatransactie tussen de curator en een nieuwe onderneming. Er was geen pre-pack en de rechter oordeelde dat de doorstart evenmin vóór faillissement was voorbereid, hoewel de mogelijkheid van een doorstart wel was besproken met adviseurs. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde dat het faillissement niet was ingeleid met het oog op voortzetting van de onderneming en dat de koper zich daarom kon beroepen op de faillissementsuitsondering (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 30 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9900, *JAR* 2021/9).

voor *deal uncertainty* dus.¹⁰² De praktijk ervaarde dat als onwenselijk en daarom werd reikhalzend uitgekeken naar de antwoorden die het Hof van Justitie zou geven op de prejudiciële vragen die de Hoge Raad in de Heiploeg-zaak aan het Hof voorlegde.¹⁰³

Het faillissement van Heiploeg, marktleider in Europa op het gebied van import, verwerking en verkoop van garnalen, werd in dezelfde periode uitgesproken als het faillissement van Estro. Directe aanleiding voor het faillissement van Heiploeg was een forse boete, die was opgelegd wegens schending van mededingingsregels. Heiploeg kon deze boete niet betalen. Net als bij Estro werd vanuit faillissement een doorstart gerealiseerd. Deze doorstart was eveneens voorbereid in een pre-pack. De curator heeft ‘de onderneming’ – lees: alle voor overdracht vatbare onbezwaarde én bezwaarde activa – overgedragen aan de koper/doorstarter. De koper is een externe partij die – anders dan bij Smallsteps – niet aan de failliet was gelieerd. De curator van Heiploeg-oud ontsloeg alle werknemers. Heiploeg-nieuw nam 210 van de ongeveer 300 ontslagen werknemers in dienst.

De prejudiciële vragen die de Hoge Raad stelde aan het Hof van Justitie, waren erop gericht duidelijkheid te verkrijgen of de Nederlandse pre-pack (i) gericht kan zijn op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en (ii) of de pre-pack onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie staat. Met andere woorden: of de pre-pack bij nader inzien in bepaalde gevallen tóch onder de faillissementsexceptie zou kunnen vallen. Daarbij blijkt uit de vraagstelling van de Hoge Raad dat hij van oordeel is dat het Hof van Justitie in de Smallsteps-procedure onvolledig is geïnformeerd en dat, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, ook in een pre-pack-situatie wel mogelijk voldaan kan zijn aan de voorwaarden voor de ‘faillissementsexceptie’.

In zijn uitspraak volgt het Hof van Justitie de Hoge Raad en beantwoordt het Hof de vragen bevestigend.¹⁰⁴ Een pre-pack kan gericht zijn op de liquidatie van het vermogen als de pre-pack ertoe strekt in de faillissementsprocedure een liquidatie van de draaiende onderneming te vergemakkelijken, waarbij een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers wordt bereikt en de werkgelegenheid zo veel mogelijk wordt behouden.

Verder kan een pre-pack ook geacht worden onder bevoegd overheidstoezicht te vallen, mits een dergelijke pre-packprocedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen. Hieruit volgt dat een (wettelijk) geregelde pre-packprocedure, zoals neergelegd in het wetsvoorstel voor de Wet Continuïteit Ondernemingen I, toepassing van de faillissementsexceptie mogelijk maakt in gevallen waarin het faillissement gericht is op de liquidatie van het vermogen van de failliete schuldenaar. Hoe dat laatste – het doel van het faillissement – moet worden vastgesteld, blijkt niet uit het arrest. Dat laat het Hof van Justitie over aan de Nederlandse rechter.¹⁰⁵

Het Heiploeg-arrest betekent in de eerste plaats dat een klassieke doorstart – dus: een doorstart die niet met een pre-pack is voorbereid – onder de faillissementsexceptie valt. Om met Verburg te spreken: de klassieke doorstart is “buutvrij”.¹⁰⁶ Het Hoge Raad-arrest inzake de doorstart van de industriële bakkerij Vleems biedt naar onze mening steun aan deze opvatting. De Hoge Raad

¹⁰² Vgl. o.a. J. van der Pijl, ‘Doorstarten na Smallsteps: risky business’, *OR* 2019/122 en R.J. van Galen, ‘Pleidooi voor uitstel van betaling’, *OR* 2020/66, p. 357-358.

¹⁰³ HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, *NJ* 2020/234, *JAR* 2020/125 en *JOR* 2020/162 en HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954, *NJ* 2020/235 en *JAR* 2020/163 (FNV/Heiploeg Seafood & Heitrans).

¹⁰⁴ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321, *NJ* 2022/272, *JAR* 2022/127 en *JOR* 2022/219 (FNV/Heiploeg Seafood & Heitrans).

¹⁰⁵ Overigens laat het Hof ook de weg open om de regeling elders onder te brengen dan in een wet, bijvoorbeeld in een procesreglement.

¹⁰⁶ Zie de noot van Verburg onder het Heiploeg-arrest van het Hof van Justitie (*JOR* 2022/219).

verwerpt met toepassing van art. 81 RO de cassatieklachten van FNV tegen het arrest waarin het hof tot het oordeel kwam dat de doorstarter zich kon beroepen op art. 7:666 onder a BW.¹⁰⁷

In de tweede plaats maakt het Heiploeg-arrest de comeback van de pre-pack mogelijk.¹⁰⁸ Echter, het staat nog niet vast in welke gevallen waarin een onderneming vanuit faillissement wordt overgedragen en doorgestart, de regeling inzake overgang van onderneming van toepassing is. Anders gezegd: onzeker is onder welke omstandigheden de koper een beroep kan doen op de niet-toepasselijkheid van de regeling inzake overgang van onderneming. Die *deal uncertainty* blijft dus en dat is onwenselijk.

De Europese Commissie is van oordeel dat een doorstart uit een faillissement dat is voorafgegaan door een pre-pack onder de faillissementsexceptie valt. In het op 7 december 2022 gepubliceerde voorstel voor een richtlijn die strekt tot harmonisatie van regelgeving van EU-lidstaten op het terrein van het insolventierecht (het 'Richtlijnvoorstel') maakt de Commissie dienaangaande de volgende inleidende opmerking:

"Het voorstel is volledig in overeenstemming met deze bepaling bij de regeling van "pre-packprocedures". In overeenstemming met het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak-Heiploeg verduidelijkt dit voorstel met name dat de vereffeningfase van een pre-packprocedure voor de toepassing van artikel 5, lid 1, van Richtlijn 2001/23/EG moet worden beschouwd als een faillissements- of insolventieprocedure met het oog op de vereffening van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie."

De Europese Commissie verstaat onder een met behulp van een pre-pack voorbereide doorstart het volgende:

"In een pre-packprocedure wordt de onderneming van de schuldenaar of een deel daarvan als going concern verkocht op grond van een contract waarover vóór de aanvang van een insolventieprocedure vertrouwelijk wordt onderhandeld onder toezicht van een door een gerecht aangewezen toezichthouder en gevolgd door een korte insolventieprocedure waarin de vooraf overeengekomen verkoop formeel wordt toegestaan en uitgevoerd."¹⁰⁹

In lijn met deze inleidende observatie bepaalt het Richtlijnvoorstel in het tweede lid van art. 20:

"Voor de toepassing van artikel 5, lid 1, van Richtlijn 2001/23/EG van de Raad wordt de vereffeningfase beschouwd als een faillissements- of insolventieprocedure met het oog op de vereffening van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie."

De '*liquidation phase*' is het faillissement dat volgt op de pre-pack; zo volgt uit art. 19 lid 1 van het richtlijnvoorstel.

Het richtlijnvoorstel biedt de ruimte om de *deal uncertainty* bij doorstarts die zijn voorbereid met een pre-pack te beëindigen. Het voorstel bepaalt namelijk expliciet en zonder voorbehoud dát een faillissement volgend op een pre-pack onder de faillissementsexceptie valt ('wordt beschouwd als').

¹⁰⁷ HR 14 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1446 (FNV/Vleems Bakery International c.s.).

¹⁰⁸ In deze zin ook Verburg, *Tvl* 2022/23, nr. 22: "Als het primaire doel van de pre-pack gericht is op een zo hoog mogelijke opbrengst, dan geldt in beginsel de faillissementsuitsondering" en *JOR* 2022/219, nr. 11 e.v.

¹⁰⁹ Zie Voorstel voor een richtlijn die strekt tot harmonisatie van regelgeving van EU-lidstaten op het terrein van het insolventierecht d.d. 7 december 2022, COM/2022/702 final, p. 4 en voetnoot 13.

De meest logische stap zou zijn om de behandeling van de Wet Continuïteit Ondernemingen I ('WCO I')¹¹⁰ in de Eerste Kamer te hervatten.¹¹¹ Indien dat gebeurt en aldus in wetgeving wordt vastgelegd dat het faillissement in Nederland uitsluitend met het oog op liquidatie van de schuldenaar kan worden gebruikt, zal ook aan de door het Hof van Justitie in Heiploeg gestelde voorwaarde worden voldaan dat de pre-pack wordt gebruikt in het kader van een faillissementsprocedure die de liquidatie van het vermogen van de vervreemder beoogt. Zolang dat niet het geval is, dient van geval tot geval te worden beoordeeld of de faillissementsexceptie van toepassing is.

De Nederlandse wetgever heeft na Smallsteps een tweetal voorstellen ter aanpassing en aanvulling van WCO I in consultatie gebracht: het voorontwerp Wet overgang van een onderneming in faillissement ('WOVO' of 'WOVOF' – 2019) en de Novelle WCO I (2021). Wij verwijzen naar de kritische opmerkingen die over deze voorontwerpen zijn gedaan door (onder andere) de NVB.¹¹² Het Heiploeg-arrest betekent naar onze mening dat de noodzaak voor de Novelle WCO I is komen te vervallen. Het Richtlijnvoorstel noopt namelijk niet tot beperking van het toepassingsbereik van pre-packs. Integendeel, het voorstel bepaalt dat de wetgeving van lidstaten een *going concern*-verkoop tijdens faillissement moet faciliteren omdat deze doorgaans een hogere verhaalsopbrengst oplevert dan een *piecemeal*-verkoop.¹¹³

Invoering van de WOVOF ligt evenmin voor de hand omdat dat indruist tegen het Richtlijnvoorstel. Dat gaat immers uit van een toepassing van de faillissementsexceptie op een tijdens een pre-pack voorbereide doorstart die tijdens faillissement wordt gerealiseerd. Met de NVB menen we dat het wenselijk is dat de politiek een visie ontwikkelt over de positie van werknemers (onder meer ter zake van ontslagbescherming) in dienst van ondernemingen met financiële problemen teneinde samenhangende regelingen te treffen in alle insolventieprocedures.¹¹⁴ Die visie en samenhang ontbreken nu nog.

6. Afronding

We startten onze vlucht boven het (toekomstige) insolventierecht met een blik van grote hoogte om zicht te krijgen op het doel van insolventieprocedures. Diverse gerenommeerde internationale organisaties hebben hierover aanbevelingen/richtsnoeren uitgebracht. Daaruit valt te destilleren dat insolventieprocedures uiteindelijk het belang van schuldeisers moeten dienen.

We daalden daarna wat af en kregen daardoor zicht op het continuüm van *workouts* dat Wereldbank onderscheidt. Informele trajecten verdienen om meerdere redenen de voorkeur boven

¹¹⁰ Wijziging van de Faillissementswet in verband met de aanwijzing door de rechtbank van een beoogd curator ter bevordering van de afwikkeling van een eventueel faillissement en vergroting van de kansen op voortzetting van een onderneming of van een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen, *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218, nr. 2 en *Kamerstukken I*, 2018/19, 34 218, K.

¹¹¹ Dit wordt ook bepleit door Verburg (*JOR* 2022/219, nr. 18 en *TvI* 2022/23, nr. 31) en R.J. van Galen, 'Overgang van een onderneming in faillissement: de stand van zaken na Heiploeg', *OR* 2022/55, nr. 7. In zijn nadere conclusie in de procedure over de doorstart van bakkerij Vleems roept A-G Drijber de wetgever op om de pre-packwetgeving voortvarend op te pakken (nadere conclusie A-G Drijber 2 september 2022, ECLI:NL:PHR:2022:788, nr. 2.4).

¹¹² Zie voor de WOVOF:

<https://www.internetconsultatie.nl/overgang-van-onderneming-in-faillissement/reacties> en voor de Novelle WCO I: <https://www.internetconsultatie.nl/novelle-wet-continuïteit-ondernemingen-i>.

¹¹³ Zie overwegingen 21 en 22 van het Richtlijnvoorstel.

¹¹⁴ Reactie internetconsultatie NVB op WOVOF:

<https://www.internetconsultatie.nl/overgang-van-onderneming-in-faillissement/reactie/e591f87b-bce6-4844-aa6e-28fb5470d582>.

(meer) formele trajecten en daarom moet het (insolventie)recht de inzet daarvan bevorderen. Onderwerp van onderzoek zou kunnen zijn of dit in Nederland voldoende gebeurt.

We hebben de daling voortgezet om meer zicht te krijgen op de contouren van de toekomst van de surseance van betaling respectievelijk het faillissement. We zagen dat meerdere voorstellen zijn gedaan om de effectiviteit van de surseance van betaling te verbeteren, maar dat eveneens wordt voorgesteld om af te wachten hoe de WHOA functioneert alvorens de regeling van de surseance wordt aangepast. Ook in haar huidige vorm kan in bepaalde gevallen de inzet van de surseance de voorkeur hebben boven toepassing van de WHOA. De 'herstructureringsgeschiedenis' biedt ons meerdere voorbeelden van geslaagde surseances in herstructureringen van substantiële omvang.

Ten slotte het faillissement. Het takenpakket van de curator is uitgebreid. Sinds de jaren '90 van de negentiende eeuw doet hij dienst als gerechtelijk vereffenaar, maar inmiddels mag hij ook het opruimen van insolvente/inactieve ondernemingen en het 'opsporen' van strafbare feiten tot zijn taken rekenen. Bij dit alles dient hij oog te hebben voor maatschappelijke belangen en bestuursrechtelijke regelgeving (waaronder milieuvoorschriften) na te leven op straffe van verbeurde van boedelschulden. Ondertussen is het doel van het faillissement – het faciliteren van een georganiseerde liquidatie van het vermogen van de gefailleerde ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers – ongewijzigd gebleven. Dat wringt en in diverse reacties op het Consultatiedocument wordt om een herbezinning op het takenpakket van de curator gevraagd. Bij toekenning van andere dan vereffeningstaken aan de curator moet naar onze mening terughoudendheid worden betracht. De *communis opinio* lijkt te zijn dat vervulling van andere taken niet uit de boedel bekostigd moeten worden. Ook is er veel steun voor verbetering van de governance in faillissementen. Een frequenter inzet van de schuldeiserscommissie – al dan niet in combinatie met een uitbreiding van haar bevoegdheden – kan bijdragen aan die verbetering. In het kader van governance lijkt voorts een heroverweging van de regeling van art. 69 Fw op zijn plaats. We sloten onze *tour d'horizon* af met de pre-pack. De blik van boven leert ons dat dit instrument een vliegende start maakte, door de Estro zaak een harde noodlanding heeft moeten maken en daarna definitief leek te zijn gecrasht. Dat is jammer, want in gevallen waarin er een "need for speed" is, is de pre pack ons inziens een bruikbaar instrument. Uiteraard dient misbruik daarvan zoveel mogelijk te worden voorkomen en waar nodig te worden bestreden. We hopen daarom op een succesvolle doorstart van de pre pack en dat nog vóór Hennes pensionering de Wet Continuïteit Ondernemingen I is ingevoerd. De ontwikkelingen in Europa bieden voldoende basis daarvoor. Hennie, het woord is aan jou!