

Opinie en achtergrond

De Wet Modernisering Faillissementsprocedure: wijzigingen ten aanzien van de schuldeiserscommissie

1 Inleiding

De huidige Nederlandse Faillissementswet dateert uit 1896 en stamt daarmee uit een andere tijd. Mede vanuit dit oogpunt is in het kader van het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht het wetsvoorstel Wet modernisering Faillissementsprocedure ingediend. Het doel dat de minister oorspronkelijk voor ogen had bij de modernisering van het faillissementsrecht was het in lijn brengen van de Faillissementswet met de technische ontwikkelingen van heden, het mogelijk maken van meer maatwerk bij de afwikkeling van een faillissement en het verbreden van de kennisopbouw bij de rechterlijke macht.[\[1\]](#)

Op 2 december 2015 is het voorontwerp van het wetsvoorstel modernisering faillissementsprocedure voor internetconsultatie aangeboden.[\[2\]](#) Modernisering van het faillissementsrecht wordt nodig geacht, nu de huidige faillissementsprocedure dateert uit 1896. Met name door de huidige elektronische mogelijkheden kan de Faillissementswet aanzienlijk worden verbeterd.[\[3\]](#) Het voorontwerp van de wet modernisering faillissementsprocedure dat op 2 december 2015 door de minister van Veiligheid en Justitie werd gepubliceerd, heeft echter een breder bereik dan slechts een modernisering van het huidige faillissementsrecht. Zo stelt de minister in de memorie van toelichting dat ook de transparantie en de informatievoorziening aan schuldeisers verder verbeterd kan worden. Schuldeisers hebben behoefte aan een snelle publicatie van het vonnis waarin het faillissement wordt uitgesproken, zodat maatregelen getroffen kunnen worden teneinde hun belangen veilig te stellen. Daarnaast wordt het van belang geacht dat schuldeisers op eenvoudige wijze kennis kunnen nemen van belangrijke rechterlijke beslissingen, zodat zij een beter zicht op de faillissementsprocedure krijgen. In dat kader dient een actueel en bijgewerkt insolventieregister te bestaan.[\[4\]](#)

Naast transparantie hecht de minister waarde aan de efficiëntie van de faillissementsprocedure. Met name bij omvangrijke faillissementen kan dit worden bevorderd door meer rekening te houden met de complexe aard en omvang van het faillissement. De economische belangen bij een efficiënte en transparante faillissementsprocedure zijn groot, aldus de minister.

Teneinde bij te dragen aan een efficiënte en transparantere faillissementsprocedure voorziet het wetsvoorstel in vier maatregelen:

1. het bevorderen van de digitalisering van de faillissementsprocedure en verbetering van de toegankelijkheid tot informatie;
2. de versnelling van de faillissementsprocedure;
3. meer maatwerkmogelijkheden; en
4. het bevorderen van specialisatie bij de wetgever en ondersteuning bij het wetgevingsproces.

In het kader van de ontwikkeling van meer maatwerkmogelijkheden wordt onder andere voorgesteld om de huidige artikelen 74 en 75 Fw aan te passen. In de consultatiefase is onder andere op deze voorgestelde wetswijziging veel gereageerd. Hieronder wordt eerst ingegaan op de wijzigingen van de artikelen 74 en 75 Fw zoals opgenomen in het voorontwerp wetsvoorstel, vervolgens komen de reacties uit de consultatiefase aan bod, waarna wordt afgesloten met een overzicht van de artikelen 74 en 75 Fw zoals opgenomen in het uiteindelijke wetsvoorstel.

2 Artikelen 74 en 75 Voorontwerp Modernisering Faillissementsprocedure

De artikelen 74 en 75 Fw regelen de commissie van schuldeisers in faillissement.^[5] De commissie van schuldeisers is bedoeld om de schuldeisers een adviesrol te geven en op deze wijze de gelegenheid te geven invloed en controle uit te oefenen op het beheer en de vereffening door de curator van de faillissementsboedel.^[6] Een commissie van schuldeisers kan onder het huidige recht ingevolge artikel 74 lid 1 Fw worden ingesteld ‘zo de belangrijkheid of de aard des boedels daartoe aanleiding geeft’. Hiermee wordt aan de rechtbank een ruime beoordelingsvrijheid gegeven om al dan niet tot instelling van een commissie van schuldeisers over te gaan.^[7] In de praktijk wordt een commissie van schuldeisers ingesteld wanneer de omvang van het faillissement aanzienlijk is of een grote groep schuldeisers door het faillissement wordt geraakt.^[8] In een dergelijk geval is het wenselijk dat een commissie wordt samengesteld bestaande uit leden die een afspiegeling vormen van de verschillende groepen schuldeisers, zodat het advies aan de curator is gebaseerd op ervaring uit verschillende invalshoeken. Men kan in dit verband denken aan het thans lopende faillissement van DSB, waarbij vertegenwoordigers van respectievelijk spaarders, banken en investeringsmaatschappijen zitting hebben genomen in de crediteurencommissie.^[9] Op deze manier kan de curator een beter beeld krijgen van de belangen van de verschillende schuldeisers. Ook kan de commissie van schuldeisers advies geven ten aanzien van meer zakelijke aspecten van het faillissement, hetgeen bijvoorbeeld tot uitdrukking komt in het verplichte wettelijk advies aan de curator voordat deze besluit tot voortzetting van het bedrijf in faillissement (art. 78 lid 1 jo. 98 Fw). Een belangrijke rol in de schuldeiserscommissie kan worden vervuld door een vertegenwoordiger van de werknemers, aangezien deze een bijzonder belang hebben bij het behoud van werkgelegenheid in een faillissement, met name wanneer er perspectief is op een doorstart of wanneer onderdelen van het bedrijf worden verkocht. Het ligt daarom in de rede dat er in ieder geval in een van die situaties een werknemer in de schuldeiserscommissie wordt benoemd.

Teneinde de mogelijkheden tot het instellen van een evenwichtige commissie van schuldeisers te vergroten en zo recht te doen aan de aard en omvang van het faillissement, zijn volgens de minister twee wijzigingen nodig. De wijzigingen beogen de mogelijkheden tot maatwerk te vergroten. Dit kan met name van pas komen in grote of complexe faillissementen. In deze faillissementen kunnen voortaan meer schuldeisers vertegenwoordigd worden in de schuldeiserscommissie, waardoor de inspraak van de schuldeisers op het beleid door de curator wordt vergroot. Tegelijk profiteert de curator van de inbreng van meer (verschillende) schuldeisers.

De eerste wijziging ziet op het aantal leden van de schuldeiserscommissie. De limiet van drie leden blijkt in faillissementen waarbij veel verschillende categorieën schuldeisers betrokken zijn, te beperkend. Waar het om gaat, is dat de commissie van schuldeisers in voldoende mate de diverse groepen van schuldeisers weerspiegelt – en daarvoor zullen in voorkomende gevallen meer dan drie leden nodig zijn. Daarom voorziet de voorgestelde wijziging in de verplichting voor de rechtbank om bij de benoeming rekening te houden met de ‘vertegenwoordiging van de belangrijke groepen van schuldeisers’.

Wat precies onder ‘vertegenwoordiging van belangrijke groepen van schuldeisers’ kan worden verstaan, hangt af van het ‘soort’ schuldeiser (concurrent of preferent), de achtergrond van de schuldeiser (consument, werknemer, handelscrediteur of bankcrediteur) of de soort schuld (voortvloeiend uit lening, onrechtmatige daad, verzekering) en de overige omstandigheden van het geval, zoals de te verwachten wijze van afwikkeling van het faillissement. Uiteraard kunnen ook overwegingen van meer praktische aard een rol spelen. Wanneer de omvang van een faillissement beperkt is – doch de schuldeisers zeer divers – ligt het voor de hand dat tot een benoeming van een kleine schuldeiserscommissie van enkele personen wordt overgegaan, om een en ander werkbaar te houden en de kosten te beperken. Hierbij is het denkbaar dat ‘groepen schuldeisers’ niet vertegenwoordigd zullen zijn in de commissie van schuldeisers. De rechter (de rechtbank of de rechter-commissaris) is uiteindelijk de aangewezen instantie die deze afweging moet maken – waarbij het voor de hand ligt dat hem hierbij een ruime beoordelingsvrijheid toekomt.

Als gevolg van het vervallen van de limiet vervalt de wettelijke verplichting om bij het niet aannemen van een benoeming, het bedanken of overlijden van een lid van de schuldeiserscommissie, een nieuw lid te benoemen. Er wordt slechts tot vervanging overgegaan wanneer dit naar het oordeel van de rechter-commissaris nodig is, om zorg te kunnen blijven dragen voor een evenwichtige vertegenwoordiging van de verschillende groepen schuldeisers, zulks ter beoordeling aan de rechtbank respectievelijk rechter-commissaris.

3 Reacties en kritiek vanuit de praktijk

In de consultatiefase op het Voorontwerp Modernisering Faillissementsprocedure hebben met name INSOLAD, de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB), de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR), de Nederlandse Orde van Advocaten (NOVA), de Vereniging voor Effectenbezitters (VEB), de Raad voor de Rechtspraak en het OO&R kritiek geuit op de voorgestelde wijzigingen in de artikelen 74 en 75 Fw.

Met betrekking tot de voorgestelde wijziging van artikel 74 Fw, zodat de beperking tot maximaal drie leden bij de benoeming van een schuldeiserscommissie komt te vervallen, merkt de NVB op dat artikel 74 Fw zodanig aangepast dient te worden dat indien een bepaalde meerderheid van de schuldeisers dit wenst, de rechtbank tot instelling van een schuldeiserscommissie overgaat.^[10] Thans is de rechtbank daartoe niet verplicht, terwijl na het houden van de verificatievergadering de rechter-commissaris ingevolge artikel 75 Fw daartoe wel verplicht is.

De NVB meent bovendien dat indien een belangrijk aantal schuldeisers het wenselijk acht dat er een schuldeiserscommissie voorafgaand aan de verificatievergadering komt, een schuldeiserscommissie moet worden ingesteld. Thans vindt in de meerderheid van de faillissementen geen verificatievergadering plaats, en voor zover deze al wel plaatsvindt, worden de meeste belangrijke besluiten aangaande het boedelbeheer en de afwikkeling van het faillissement voorafgaand aan een eventuele verificatievergadering genomen. De NVB meent dan ook dat de instelling van een schuldeiserscommissie voor de verificatievergadering wenselijk is indien een belangrijk aantal schuldeisers dat wil.

Als nog geen verificatievergadering heeft plaatsgevonden, zal een criterium moeten worden vastgesteld voor het minimumaantal schuldeisers dat om een schuldeiserscommissie kan verzoeken, aldus de NVB. Aansluiting kan worden gezocht bij artikel 84 Fw, waarin is bepaald dat een schuldeisersvergadering kan worden gehouden op verzoek van ten minste vijf schuldeisers vertegenwoordigend een vijfde deel van de erkende en voorwaardelijk toegelaten schuldeisers. In plaats van voorwaardelijk toegelaten vorderingen zou het dan moeten gaan om ter verificatie ingediende vorderingen.

De NVvR geeft de minister in overweging de drempel voor het instellen van een schuldeiserscommissie te verlagen door 'de belangrijkheid of de aard' te vervangen door 'de omvang of de aard'.^[11] Verder wordt in overweging gegeven de term 'commissie uit schuldeisers' te vervangen door 'schuldeiserscommissie', zodat de mogelijkheid bestaat in de commissie ook personen te benoemen die geen schuldeiser zijn.

Ten aanzien van de artikelen 74 en 75 Fw stelt de NOVA dat een belangrijke rol in de schuldeiserscommissie kan worden vervuld door een werknemersvertegenwoordiging, met name wanneer er perspectief is op een doorstart of overname van delen van de onderneming.^[12] De VEB vindt het belangrijk dat de rol van aandeelhouders en collectieve belangenbehartigers versterkt wordt in de schuldeiserscommissie.^[13] Aandeelhouders en hun representanten hebben immers een bijzonder belang bij bijvoorbeeld het oorzakenonderzoek en de eventueel naar aanleiding daarvan te nemen (juridische) vervolgstappen. Anders dan institutionele financiers, die in de zeldzame gevallen dat een schuldeiserscommissie wordt ingesteld doorgaans één of meer leden leveren, hebben beleggers en collectieve belangenbehartigers geen tegenstrijdig belang met de boedel. Financiers hebben immers niet zelden kort voor het faillissement zekerheden gekregen en andere transacties verricht, die door de curator kritisch worden gezien. Een evenwichtige samenstelling van de schuldeiserscommissie is daarom geboden, aldus de VEB. Tegenwicht tegen de druk die grote schuldeisers kunnen uitoefenen, kan bijdragen aan een doelmatigere rol van de schuldeiserscommissie.

Ook het OO&R juicht het toe dat deelname aan de schuldeiserscommissie ook mogelijk kan zijn voor een belangenbehartiger van de schuldeisers, die niet noodzakelijkerwijs zelf schuldeiser is.^[14] Daarvoor dient volgens het OO&R wel de wet in die zin te worden aangepast.

Bovendien geeft de VEB, alsook INSOLAD, de Raad voor de Rechtspraak en de NVvR, aan dat met het oog op het staken van de stemmen een oneven aantal leden in de schuldeiserscommissie valt te prefereren.^[15] Bovendien zou de bepaling volgens INSOLAD een regeling moeten inhouden voor het omgaan met tegenstrijdige belangen. Ook is zij van mening dat het protocol aan de hand waarvan de schuldeiserscommissie met de curator zal gaan werken ten minste op hoofdpunten in de wet zou moeten worden vastgelegd.

INSOLAD denkt daarbij aan een regeling met betrekking tot (a) belangenconflicten van leden met de schuldeiserscommissie, (b) geheimhouding en (c) handel in vorderingen door schuldeisers, waaronder eventueel ook de leden van de schuldeiserscommissie. Leden van de schuldeiserscommissie kunnen immers met de uit de schuldeiserscommissie verkregen wetenschap juist besluiten hun vordering(en) in het faillissement te verkopen of juist vorderingen van andere schuldeisers in het faillissement te gaan opkomen.

Tot slot zou volgens INSOLAD in de memorie van toelichting tot uitdrukking kunnen worden gebracht dat preferente schuldeisers als schuldeisers met zekerheidsrechten voor zover zij naar verwachting een concurrente vordering in het faillissement zullen hebben, ook zitting kunnen nemen in een schuldeiserscommissie.^[16]

4 Het aangepaste wetsvoorstel

De minister heeft de suggesties gedaan in de consultatiefase grotendeels ter harte genomen en het wetsvoorstel aangepast. Naar aanleiding van de reacties is aan artikel 75 Fw toegevoegd dat het aantal leden van de schuldeiserscommissie altijd oneven dient te zijn, zodat een staking van de stemmen zo veel mogelijk wordt vermeden. Bovendien wordt in de memorie van toelichting opgemerkt dat preferente en boedelschuldeisers eveneens zitting kunnen nemen in de schuldeiserscommissie. Ook wijst de minister erop dat het wetsvoorstel door vervanging van de term ‘commissie uit schuldeisers’ door ‘schuldeiserscommissie’ verduidelijkt dat ook niet-schuldeisers zitting kunnen nemen in de schuldeiserscommissie. Hierbij wordt dan wel de voorwaarde gesteld dat de commissie als geheel de belangrijke groepen van schuldeisers vertegenwoordigt.

Belangrijker is dat na artikel 75 Fw een nieuw artikel 75a Fw wordt ingevoerd. Het nieuwe artikel 75a Fw geeft de mogelijkheid aan de rechtbank of rechter-commissaris om bij het instellen van een voorlopige of definitieve schuldeiserscommissie een reglement vast te stellen dat betrekking heeft op de werkwijze van de commissie.^[17] De term ‘werkwijze’ laat de ruimte om ten aanzien van allerhande onderwerpen regels te stellen. Men kan hierbij onder andere denken aan regels omtrent geheimhouding van bedrijfsgevoelige informatie of over de gevolgen van een tegenstrijdig belang van één of meer schuldeisers. Ook kunnen inhoudelijke criteria over benoeming, ontslag en onkostenvergoedingen van leden in een dergelijk reglement worden opgenomen, voor zover de wet daarvoor ruimte laat. De mogelijkheid tot het stellen van enkele algemene regels omtrent de werkwijze van de commissie komt tegemoet aan een in de praktijk levende wens.

De rechtbank, in het geval van de benoeming van een voorlopige schuldeiserscommissie, en de rechter-commissaris in het geval van een definitieve schuldeiserscommissie, krijgen de bevoegdheid tot het stellen van de bedoelde regels. Dat is het meest passend, aangezien de rechtbank dan wel de rechter-commissaris ook de bevoegde instantie is om de schuldeiserscommissie te benoemen. Dit reglement kan dan in de benoeming van toepassing worden verklaard. Het is voorstelbaar dat door Recofa een 'standaardreglement' wordt ontwikkeld, dat in samenspraak met de insolventierechtpraktijk tot stand zal komen. Daarbij kan de rechter in voorkomende gevallen uiteraard de nodige aanpassingen maken of voorzien in een eigen protocol, indien de bijzonderheid van een faillissement daarvoor aanleiding geeft. In de praktijk zal een protocol vaak tot stand komen na overleg tussen de curator en de schuldeisers. Zij kunnen dan een protocol voorstellen aan de rechter, die het vervolgens, al dan niet met wijzigingen, vaststelt. Ook deze werkwijze past binnen het artikel. Voor de volledigheid merkt de minister op dat de rechter bij relatief eenvoudige faillissementen kan afzien van een reglement, ook wanneer wel een schuldeiserscommissie wordt ingesteld.

Het protocol moet op passende wijze bekend worden gemaakt, zodat de leden van de schuldeiserscommissie duidelijk is wat hun rechten en verplichtingen zijn. De term 'bekendmaking' geeft volgens de minister voldoende flexibiliteit om invulling te geven aan de verplichting. Uiteraard is toezending van het reglement aan (het kantoor van) het lid van de schuldeiserscommissie een toereikende vorm van bekendmaking, maar ook is voorstelbaar dat wordt verwezen naar een eenvoudig op internet te vinden, bijvoorbeeld op rechtspraak.nl gepubliceerd, standaardreglement. Ook kan het protocol bekend worden gemaakt door opname in het centrale insolventieregister. Eventueel kan het protocol ook na benoeming van de schuldeiserscommissie worden bekendgemaakt of gewijzigd. Indien de leden van de schuldeiserscommissie zich niet met de verplichtingen kunnen verenigen, dan kunnen zij dit aangeven en zo nodig ontslag nemen. Aanpassing van een protocol is eveneens mogelijk, doordat de rechtbank of de rechter-commissaris overeenkomstig artikel 75a Fw een nieuw (aangepast) protocol vaststelt.

Het tweede lid van het voorgestelde artikel 75a Fw voorziet in de mogelijkheid tot ontslag van leden van de commissie. De instantie die de schuldeiserscommissie heeft benoemd voorziet in het ontslag. Daarbij gaat het bij de voorlopige schuldeiserscommissie om de rechtbank en bij de definitieve commissie om de rechter-commissaris. In de meeste gevallen zal dit een snelle, schriftelijke procedure betreffen, aangezien de benoeming niet zal plaatsvinden dan met instemming van de betrokken persoon. Ontslag zal doorgaans op eigen verzoek zijn. Er zijn evenwel gevallen denkbaar dat een ontslag tegen de wil van het betrokken lid van de schuldeiserscommissie zal geschieden, bijvoorbeeld indien een lid van de commissie in strijd met het reglement heeft gehandeld, omdat hij informatie die via de schuldeiserscommissie is verkregen voor andere doeleinden heeft aangewend dan voor de advies-en controletaak van de commissie.^[18] De rechter heeft ook hier een discretionaire bevoegdheid om op basis van alle omstandigheden van het geval tot ontslag te besluiten. Daarbij speelt een rol dat het hier niet gaat om een dienstverband of een andere functie waaraan arbeidsrechtelijke gevolgen zijn verbonden. Wel ligt het volgens de minister in een geval waarin tegen de wil van de betrokkene ontslag wordt verzocht, voor de hand dat de

rechter de betrokkene de gelegenheid geeft om diens zienswijze naar voren te brengen.

5 Afsluitend

Op 22 februari 2018 heeft de Tweede Kamer het wetsvoorstel Modernisering Faillissementsprocedure afgedaan als hamerstuk. De Eerste Kamercommissie voor Justitie en Veiligheid heeft op 24 april 2018 het voorlopig verslag uitgebracht. Thans wordt gewacht op de memorie van antwoord. De verwachting is dat de nieuwe wet dit jaar nog in werking treedt.

S. Renssen, mei 2018

Noten

[1] *Kamerstukken II* 2012/13, 29911, 74, p. 2.

[2] Voorontwerp memorie van toelichting modernisering faillissementsprocedure, te downloaden via < www.internetconsultatie.nl/moderniseringfw/details >.

[3] Voorontwerp memorie van toelichting modernisering faillissementsprocedure, p. 2.

[4] Voorontwerp memorie van toelichting modernisering faillissementsprocedure, p. 2.

[5] Voorontwerp memorie van toelichting modernisering faillissementsprocedure, p. 23-25.

[6] In het Voorontwerp wordt verwezen naar: N.J. Polak & M. Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 270.

[7] HR 6 juni 2014, *NJ* 2014, 299.

[8] In het Voorontwerp wordt verwezen naar: B. Wessels, *Insolventierecht IV, Bestuur en beheer na faillietverklaring*, Deventer: Kluwer 2011, p. 246 en 250.

[9] Zie de openbare verslagen van de DSB, te downloaden via <[www.dsbbank.nl/crediteuren/nl/openbare-verslagen/dsb-bank-\(openbare-verslagen\)/>](http://www.dsbbank.nl/crediteuren/nl/openbare-verslagen/dsb-bank-(openbare-verslagen)/>).

[10] Reactie NVB, p. 1-2.

[11] Reactie NVvR, p. 3.

[12] Reactie NOVA.

[13] Reactie VEB, p. 8-9.

[14] Reactie OO&R, p. 10-11.

[15] Reactie INSOLAD, p. 6-7; Reactie VEB, p. 8-9; Reactie Raad voor de Rechtspraak, p. 10-11; Reactie NVvR, p. 3.

[16] Reactie INSOLAD, p. 6-7.

[17] *Kamerstukken II* 2016/17, 34740, 3 (MvT), p. 24-26.

[18] Aangegeven wordt dat in de jurisprudentie een dergelijk handelen reeds als

onrechtmatig is aangemerkt; Rb. Haarlem 15 januari 2007, *JOR*2007/59.