

ZEGGENSCHAP VAN SCHULDEISERS EN ANDERE BELANGHEBBENDEN IN FAILLISSEMENT: FUNDAMENT EN BOUWWERK

Erik de Kloe*

Bij de vervulling van zijn taak moet de curator zich richten naar het belang van de schuldeisers, maar de curator moet ook rekening houden met belangen van andere bij het faillissement betrokkenen. Schuldeisers moeten daarom in staat zijn hun belangen tegenover de curator te behartigen, maar geen doorslaggevende zeggenschap hebben. Andere belanghebbenden moeten tijdens faillissement ook de mogelijkheid hebben voor hun belangen op te komen. In dit artikel wordt een theoretisch fundament geschetst waaraan zeggenschap van schuldeisers en andere belanghebbenden in faillissement moet voldoen. De conclusie van de auteur is dat het faillissementsbouwwerk op veel punten niet aansluit op het geschetste fundament. Schuldeisers hebben weinig mogelijkheden om tijdig invloed uit te oefenen op de afwikkeling van het faillissement. Voor andere belanghebbenden zijn de mogelijkheden nog beperkter. Daarom worden verschillende aanbevelingen gedaan voor verbouwingswerkzaamheden.



H.J. de Kloe
Invloed van schuldeisers in insolventieprocedures. Over faillissement, de pre-pack en de WHOA en zeggenschap van schuldeisers

Diss. Rotterdam; Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht 129, Deventer: Wolters Kluwer 2023, 392 p., € 89

1 Inleiding

Op 6 juli 2023 promoveerde ik op het proefschrift met de titel *Invloed van schuldeisers in insolventieprocedures*.¹ In deze bijdrage, die is gebaseerd op mijn promotieonderzoek, worden zeven bouwstenen genoemd die het fundament vormen waarop zeggenschap van schuldeisers en andere belanghebbenden moet worden gebouwd (par. 2). In paragraaf 3 worden de hoofdlijnen van het bouwwerk, de wijze waarop schuldeisers en andere belanghebbenden invloed kunnen uitoefenen op de afwikkeling van het faillissement, geschetst. De beoordeling of het bouwwerk aansluit op het fundament en aanbevelingen voor verbouwingswerkzaamheden zijn opgenomen in paragraaf 4. Paragraaf 5 sluit af met een conclusie.

Op 6 juli 2023 promoveerde Erik de Kloe aan de EUR met het proefschrift *Invloed van schuldeisers in insolventieprocedures*. Promotoren waren prof.dr. C.A. Schwarz en prof.mr. H. Koster.

* Mr. H.J. de Kloe is universitair docent insolventie- en ondernemingsrecht aan de Erasmus School of Law.

1 H.J. de Kloe, *Invloed van schuldeisers in insolventieprocedures. Over faillissement, de pre-pack en de WHOA en zeggenschap van schuldeisers* (diss. Rotterdam; Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht 129), Deventer: Wolters Kluwer 2023.

2 Zie voor een korte en heldere uiteenzetting van de termen faillissementsschuldeiser, boedelschuld-eiser en schuldeiser met een niet-verifieerbare vordering N.B. Pannevis, *Polak. Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, par. 1.3.

3 G.W. baron van der Feltz (red.), *Geschiedenis van de wet op het faillissement en de surséance van betaling. Deel I*, Haarlem: Erven F. Bohn 1896, herdrukt in: S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Deel 2-I*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 27 (Van der Feltz I 1896).

- 4 HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954, *NJ* 2020/235 (*Heiploeg*), r.o. 3.5.2. Zie recentelijk ook HR 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:801, *NJ* 2020/291, r.o. 4.2.2.
- 5 HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954, *NJ* 2020/235 (*Heiploeg*), r.o. 3.5.1.
- 6 G.W. baron van der Feltz (red.), *Geschiedenis van de wet op het faillissement en de surséance van betaling. Deel I*, Haarlem: Erven F. Bohn 1896, herdrukt in: S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Deel 2-II*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 8, 9 en 20 (Van der Feltz II 1896).
- 7 UNCITRAL staat voor 'United Nations Commission on International Trade Law'.
- 8 Zie over deze standaarden B. Wessels & J.M.G.J. Boon, 'Soft law instruments in restructuring and insolvency law: exploring its rise and impact', *TvOB* 2019, afl. 2, p. 53-64.
- 9 UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law (Parts One and Two)*, 2005, p. 190.
- 10 World Bank, *Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes*, 2021, Principle C7.1, p. 24.
- 11 Zie hierover De Kloe 2023, hoofdstuk 2 en 3 en H.J. de Kloe, 'Belangenpluralisme in faillissement', *RMThemis* 2020, afl. 3, p. 134-141.
- 12 De curator is op grond van art. 40 Fw bevoegd arbeidsovereenkomsten op te zeggen met een maximale opzegtermijn van zes weken.
- 13 Op basis van bestuursrechtspraak is de curator verantwoordelijk voor naleving van voor een inrichting geldende milieuwetgeving. Zie bijvoorbeeld ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1261, *JOR* 2013/157 (*DIT*). Zie voor de civielrechtelijke gevolgen hiervan HR 4 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:833, *NJ* 2021/233 (*Ridderkerkse Taxi Centrale*).
- 14 E.H.P. Brans & J.H. van der Weide, 'Faillissement en milieu. Waartoe is de curator gehouden na faillissement van de onderneming?', *Gst.* 2016/42. Zie voor een sprekend voorbeeld het faillissement van Thermphos: I.M.A. Lintel & D. Roffel, 'Bijzonderheden van het faillissement van de Zeeuwse fosforfabrikant Thermphos. Een interview met curatoren mr. Van den Bos en mr. Hiemstra', *Tvl* 2017/42.
- 15 Rb. Rotterdam 9 november 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB9250, *JOR* 2008/26.
- 16 Van der Feltz I 1896, p. 27.
- 17 Wet civielrechtelijk bestuursverbod, *Stb.* 2016, 153.
- 18 Een zoekopdracht naar '106a Fw' op *rechtspraak.nl* leverde (tot en met maart 2024) zeventien uitspraken op, waarvan drie uitspraken die in januari tot en met maart 2024 zijn gepubliceerd (Rb. Overijssel 27 maart 2024, ECLI:NL:RBOVE:2024:1650; Rb. Rotterdam 28 februari 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:1678 en Rb. Limburg 24 januari 2024, ECLI:NL:RBLIM:2024:520).
- 19 *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, nr. 3, p. 1 en 2. Zie ook G. Homburg e.a., *Evaluatie Wet versterking positie curator en Wet civielrechtelijk bestuursverbod*, Den Haag/Amsterdam: WODC/Regioplan Beleidsonderzoek 2023, par. 5.2.
- 20 Overigens is onder meer genoegdoening wel een schuldeisersbelang dat kan worden gediend met het vorderen van een civielrechtelijk bestuursverbod. Zie M. Neekilappillai & N.T. Pham, 'Tweede kansen, stigma's en de praktijk van het civielrechtelijk bestuursverbod', *MvO* 2019, afl. 7, p. 190-202.
- 21 J.W. Boddaert, 'Het bestuursverbod: de tandeloze tijger', *TvCu* 2019, afl. 3, p. 69-74.
- 22 Wet versterking positie curator, *Stb.* 2017, 124.
- 23 *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 3.

Een opmerking vooraf: tenzij anders is aangegeven, wordt met schuldeisers bedoeld op faillissementsschuldeisers, dus schuldeisers die een verifieerbare vordering hebben in het faillissement.²

Volgens de toelichting op de Faillissementswet beoogt het faillissement niets anders dan het vermogen van de schuldenaar op een eerlijke manier te verdelen onder de schuldeisers

2 Fundament

2.1 Schuldeisersbelangen in faillissement
Volgens de toelichting op de Faillissementswet beoogt het faillissement niets anders dan het vermogen van de schuldenaar op een eerlijke manier te verdelen onder de schuldeisers. De bepalingen in de Faillissementswet hebben 'geen ander doel dan die billijke verdeling voor te bereiden, te waarborgen en te bewerkstelligen'.³ Hoewel de Faillissementswet is ingevoerd in 1896, is dat naar het oordeel van de Hoge Raad nog steeds het uitgangspunt: 'De faillissementsprocedure in Nederland heeft ten doel het vermogen van de schuldenaar te verdelen onder diens gezamenlijke schuldeisers en beoogt daarbij de hoogst mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers te bewerkstelligen'.⁴ De curator moet zich daarom laten leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.⁵

Omdat de curator moet handelen in het belang van de schuldeisers, moeten schuldeisers volgens de memorie van toelichting in staat zijn hun belangen tegenover de curator te behartigen.⁶ Het belang van schuldeisersparticipatie volgt ook uit *soft law* van UNCITRAL⁷ en de World Bank, twee internationale organisaties die belangrijke standaarden hebben ontwikkeld voor het insolventierecht.⁸ De Legislative Guide on Insolvency Law van UNCITRAL verwoordt het als volgt: 'As a party with the primary economic stake in the outcome of the proceedings, creditors may lose confidence in proceedings where key decisions are made without consulting them [...]'.⁹ In een van de Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes is opgenomen: 'Creditor interests should be safeguarded by appropriate means that enable creditors to effectively monitor and participate in insolvency proceedings to ensure fairness and integrity [...]'.¹⁰

De eerste bouwsteen is dus dat schuldeisers invloed moeten kunnen uitoefenen op de afwikkeling van het faillissement. Omdat in faillissement ook andere belangen een rol spelen, is dit niet de enige bouwsteen van het fundament.

2.2 Belangenpluralisme in faillissement¹¹

Niet alleen schuldeisers worden geraakt door een faillissement. Zo verliezen werknemers vaak hun baan,¹² kunnen – en moeten¹³ – milieubelangen een rol spelen bij de afwikkeling van een faillissement¹⁴ en kunnen gemeenten belang hebben bij het tegengaan van ongewenst gebruik van panden en verpaupering.¹⁵ Hoewel in de toelichting op de Faillissementswet is opgenomen dat het faillissement niets anders beoogt dan verdelen van het vermogen van de schuldenaar onder de schuldeisers,¹⁶ volgt uit de wet en de jurisprudentie inmiddels dat de curator ook andere belangen dan schuldeisersbelangen in acht moet nemen.

Niet alleen schuldeisers worden geraakt door een faillissement. Zo verliezen werknemers vaak hun baan, kunnen – en moeten – milieubelangen een rol spelen bij de afwikkeling van een faillissement en kunnen gemeenten belang hebben bij het tegengaan van ongewenst gebruik van panden en verpaupering

Een maatschappelijk belang dat de curator op basis van de wet moet dienen, is het belang van fraudebestrijding. Sinds 1 juli 2016 heeft de curator de bevoegdheid op grond van artikel 106a Fw een civielrechtelijk bestuursverbod te vorderen.¹⁷ Curatoren maken ook met enige regelmaat gebruik van deze bevoegdheid.¹⁸ Het doel hiervan is om faillissementsfraude te bestrijden met een toekomstgerichte en preventieve aanpak, om zo te voorkomen dat verdere schade wordt toegebracht aan het handelsverkeer.¹⁹ Wordt een bestuursverbod opgelegd, dan leidt dat niet tot inkomsten voor de boedel.²⁰ Een bestuurder kan gedurende een bepaalde periode van maximaal vijf jaar niet tot bestuurder of commissaris van een rechtspersoon worden benoemd (art. 106b lid 1 BW), maar wordt in het kader van het opgelegde bestuursverbod niet veroordeeld tot betaling van een geldsom. Dit terwijl de kosten van de procedure in beginsel wel door de boedel worden gedragen.²¹ Vanaf 1 juli 2017²² heeft de curator daarnaast een fraudesignalerende taak die volgens de memorie van toelichting een 'bredere maatschappelijke verantwoordelijkheid' reflecteert.²³ Fraudebestrijding door de curator kan leiden tot inkomsten voor de boedel als de curator in dat kader bijvoorbeeld rechtshandelingen vernietigt op grond van de faillissementspauliana of bestuurders

aansprakelijk stelt, maar regelmatig zijn er geen baten voor de boedel of overstijgen de kosten de baten.²⁴

Ook uit jurisprudentie volgt dat de curator bij de vervulling van zijn taak rekening moet houden met maatschappelijke belangen. In bestuursrechtspraak is bijvoorbeeld geoordeeld dat de curator verantwoordelijk is voor naleving van voor een inrichting geldende milieuwetgeving.²⁵ Om die reden zijn vorderingen die voortvloeien uit een last onder dwangsom of bestuursdwang die door een bestuursorgaan in het kader van deze milieuwetgeving aan de curator is opgelegd boedelvorderingen.²⁶ Deze milieuverplichtingen vloeien voort uit de wet, maar ook zonder specifieke wettelijke grondslag moeten maatschappelijke belangen een rol spelen bij de afwikkeling van de boedel door de curator. In het arrest *Macclou/Curatoren Van Schuppen* overwoog de Hoge Raad dat een curator bij de uitoefening van zijn taak uiteenlopende belangen moet behartigen die soms tegenstrijdig aan elkaar zijn en 'bij het nemen van zijn beslissingen [...] óók rekening behoort te houden met belangen van maatschappelijke aard'.²⁷ Continuïteit van een onderneming en behoud van werkgelegenheid zijn in ieder geval dergelijke belangen van maatschappelijke aard.²⁸

De curator moet rekening houden met belangen van maatschappelijke aard als die belangen niet botsen met andere belangen. Belangen van maatschappelijke aard mogen daarnaast voorrang krijgen op belangen van individuele schuldeisers zoals de belastingontvanger of een leverancier onder eigendomsvoorbehoud

De curator moet rekening houden met belangen van maatschappelijke aard als die belangen niet botsen met andere belangen.²⁹ Belangen van maatschappelijke aard mogen daarnaast voorrang krijgen op belangen van individuele schuldeisers zoals de belastingontvanger³⁰ of een leverancier onder eigendomsvoorbehoud.³¹ De Hoge Raad heeft niet geoordeeld dat belangen van maatschappelijke aard zonder wettelijke basis ook voorrang mogen hebben op het belang van de boedel en dus ten koste mogen gaan van de uitkering die schuldeisers in een faillissement ontvangen.³² In zowel de praktijk³³ als de literatuur³⁴ wordt hier verschillend over gedacht. Zelf heb ik beargumenteerd dat de curator bij het faillissement betrokken belangen onder omstandigheden voorrang mag

geven op het belang van de schuldeisers bij een zo hoog mogelijke opbrengst. Een voorbeeld hiervan is het belang van kwaliteit van zorg en veiligheid van patiënten bij het faillissement van een ziekenhuis.³⁵ Toepassing van het evenredigheidsbeginsel kan de curator helpen om verschillende belangen te behartigen en tegen elkaar af te wegen.³⁶

Omdat niet alleen belangen van schuldeisers een rol spelen bij de afwikkeling van het faillissement, is de tweede bouwsteen van het fundament dat de zeggenschap die schuldeisers in faillissement hebben niet doorslaggevend moet zijn. De curator moet ook rekening houden met belangen van maatschappelijke aard. Een derde bouwsteen is dat ook andere belanghebbenden invloed moeten kunnen uitoefenen op de afwikkeling van het faillissement.

2.3 Verschillende schuldeisers hebben verschillende belangen

Schuldeisers hebben een vordering op de schuldenaar die failliet is verklaard, maar regelmatig staan schuldeisers ook in een andere relatie tot de schuldenaar. Werknemers hebben niet alleen een vordering op de schuldenaar,³⁷ maar staan ook in een arbeidsrechtelijke betrekking tot de schuldenaar. Om die reden kunnen werknemers meer belang hechten aan continuïteit van de onderneming dan het ontvangen van een zo hoog mogelijke uitkering. Hetzelfde geldt voor leveranciers die niet alleen een vordering hebben op de schuldenaar, maar ook belang hebben om in de toekomst te kunnen leveren voor de onderneming die door de schuldenaar wordt gedreven.

Schuldeisers hebben niet alleen verschillende belangen omdat ze een langdurige relatie hebben met de schuldenaar, ook in verband met de rangorde verschillen de belangen van schuldeisers. Een eenvoudig voorbeeld kan dit duidelijk maken. Stel dat in een faillissement alleen preferente en concurrente schuldeisers een vordering hebben ingediend. De preferente schuldeisers hebben vorderingen ter hoogte van 100, de concurrente schuldeisers hebben vorderingen ter hoogte van 150. De netto³⁸ liquidatiewaarde van een onderneming bedraagt 100, de kosten van de voortzetting van de onderneming zijn 50. Als de onderneming wordt voortgezet, bestaat de kans dat de opbrengst van de onderneming netto 200 is. Er is ook een kans dat de voortzetting niet leidt tot een hogere opbrengst, waarmee de netto-opbrengst 50 bedraagt. De preferente schuldeisers hebben in een dergelijk geval geen belang bij voortzetting van de onderneming, omdat zeker is dat hun vordering volledig wordt voldaan als de onderneming niet wordt voortgezet. De concurrente schuldeisers hebben wel belang bij voortzetting, omdat het risico hiervan wordt gedragen door de preferente schuldeisers, terwijl eventuele voordelen van de voortzetting worden genoten door de concurrente schuldeisers.³⁹

24 J.M.W. Pool, *De rol van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden: een empirisch-juridisch onderzoek naar de rol van de curator in de praktijk bij de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissement* (diss. Leiden; Meijers-reeks 392), 2022, (o.a.) par. 8.3.5 (Pool 2022a).

25 ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1261, JOR 2013/157 (DIT).

26 HR 4 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:833, NJ 2021/233 (*Ridderkerkse Taxi Centrale*).

27 HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, NJ 1996/727, r.o. 3.6.

28 HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, NJ 1996/472, r.o. 3.5 (*Sigmacon II*).

29 Vergelijk HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954, NJ 2020/235 (*Heiploeg*), r.o. 3.5.1: de curator moet zich 'laten leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en daarbij ook rekening houden met maatschappelijke belangen, waaronder het belang van werkgelegenheid'.

30 HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, NJ 1996/472 (*Sigmacon II*).

31 HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, NJ 1996/727 (*Macclou/Curatoren Van Schuppen*).

32 Zie o.a. B. Wessels, *Insolventierecht IV. Bestuur en beheer na faillietverklaring*, Deventer: Wolters Kluwer 2020/4223 inclusief verdere verwijzingen.

33 J.A.A. Adriaanse e.a., 'De maatschappelijke taak van de curator in sociaalpsychologisch perspectief: een empirisch onderzoek naar "ruis" bij belangenafwegingen in faillissementen', in: E.J. Oppedijk van Veen e.a. (red.), *De Taak van de Curator* (INSOLAD Jaarboek 2023), Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 3-27; Pool 2022a, tabel 6.14 (p. 136).

34 Recent heeft Pool bijvoorbeeld betoogd dat maatschappelijke belangen op basis van huidig recht geen voorrang mogen hebben op schuldeisersbelangen (J.M.W. Pool, 'Maatschappelijk verantwoord vereffenen: belangenpluralisme bij de maatschappelijke taakuitoefening van de curator', *Tvl* 2022/20 (Pool 2022b)) terwijl Van Eekelen-Atema het tegengestelde heeft beargumenteerd (M. van Eekelen-Atema, 'Reactie op Tvl 2022/20 Maatschappelijk verantwoord vereffenen: belangenpluralisme bij de maatschappelijke taakuitoefening van de curator', *Tvl* 2022/27. Zie mede van haar hand ook A. van Hees & M. van Eekelen-Atema, 'Maatschappelijke belangen, onderdeel van de taak van de curator?', in: Oppedijk van Veen e.a. 2023, p. 29-44). Zie genuanceerder F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 155.

35 Zie voor dit voorbeeld en andere voorbeelden De Kloe 2023, par. 3.3.3.

36 De Kloe 2023, par. 3.3.

37 Hoewel die vordering in het kader van de loongarantieregeling (art. 61-68 WW) veelal wordt overgenomen door het UWV.

38 Dus na betaling van de (faillissements)kosten.

39 Dit voorbeeld is ontleend aan N.B. Pannevis, *Achtergestelde vorderingen* (diss. Nijmegen; Serie Onderneming en Recht 114), Deventer: Wolters Kluwer 2019/510. Een soortgelijk voorbeeld wordt gegeven in T.H. Jackson, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Cambridge, MA: Harvard University Press 1986; Washington DC: Beard Books 2001, p. 187-190.

Hét schuldeisersbelang bestaat dus niet, waardoor schuldeisers niet met één mond spreken. Dat is een aanvullende reden voor de tweede bouwsteen: schuldeisers moeten geen doorslaggevende zeggenschap hebben in het faillissement. Een vierde bouwsteen die hieruit volgt is dat verschillende (typen) schuldeisers van zich moeten kunnen laten horen in faillissement. De curator moet – onder toezicht van de rechter-commissaris – de verschillende belangen van schuldeisers in ogenschouw nemen en tegen elkaar afwegen.⁴⁰

2.4 Schuldeisers hebben niet altijd een belang

In veel gevallen hebben faillissementsschuldeisers geen (financieel) belang in een faillissement. Rikkert heeft onderzoek gedaan naar faillissementen van rechtspersonen die beëindigd zijn tussen 1 september 2019 en 1 september 2021.⁴¹ Uit dit onderzoek volgt dat in deze periode 76,6% van de faillissementen werd opgeheven bij gebrek aan baten. In dat geval wordt alleen een uitkering gedaan aan de boedelschuldeisers, maar niet aan de faillissementsschuldeisers. Schuldeisers hebben dan geen financieel belang bij de afwikkeling van het faillissement, tenzij zij hun invloed kunnen aanwenden om er alsnog voor te zorgen dat aan hen een uitkering kan worden gedaan. Boedelschuldeisers hebben in dat geval juist wel belang bij de wijze waarop het faillissement wordt afgewikkeld, omdat zij hun vordering niet volledig voldaan krijgen als de taakuitoefening door de curator leidt tot een te lage opbrengst.⁴² Kan alleen een uitkering worden gedaan aan de preferente schuldeisers, dan wordt een faillissement vereenvoudigd afgewikkeld.⁴³ Bestaat er geen mogelijkheid om een hogere opbrengst te realiseren zodat toch een uitkering kan worden gedaan aan de lager gerangschikte schuldeisers, dan hebben zij geen financieel belang bij de afwikkeling van het faillissement.

Omdat schuldeisers regelmatig geen belang hebben in een faillissement, is een vijfde bouwsteen dat invloed van schuldeisers niet verplicht moet zijn. Verplichte zeggenschap leidt in veel gevallen namelijk tot nodeloze bureaucratie in het proces. Een zesde bouwsteen is dat alleen schuldeisers en andere partijen met een voldoende belang invloed op de afwikkeling van het faillissement moeten kunnen afdwingen.⁴⁴

2.5 Informatie

Kennis is macht: zonder voldoende informatie is het niet mogelijk invloed uit te oefenen op de afwikkeling van het faillissement.⁴⁵ Informatie moet ook tijdig beschikbaar zijn. Worden schuldeisers en andere belanghebbenden pas geïnformeerd nadat de curator een bepaalde (rechts)handeling heeft verricht, dan treedt de wet van de voldongen feiten in werking. De curator kan aansprakelijk worden gesteld voor zijn handelen (art. 6:162 BW) of in verband met zijn handelen worden ontsla-

gen (art. 73 Fw), maar een (rechts)handeling die de curator heeft verricht kan in beginsel niet op grond van de Faillissementswet worden teruggedraaid.⁴⁶ De zevende en laatste bouwsteen van het fundament is daarom dat schuldeisers en andere belanghebbenden tijdig voldoende informatie moeten ontvangen over de faillietverklaring en de afwikkeling van het faillissement.

Een bouwwerk dat niet op het juiste fundament is gebouwd, loopt instortingsgevaar.⁴⁷ In paragraaf 3 wordt in brede penseelstreken geschetst hoe schuldeisers en andere belanghebbenden naar huidig recht zeggenschap hebben in faillissement, waarna in paragraaf 4 wordt beoordeeld of het bouwwerk op alle onderdelen van het fundament is gebouwd en worden enkele aanbevelingen gedaan om het faillissementsbouwwerk beter te laten aansluiten op het fundament.

De verificatievergadering is het scharnierpunt tussen de beheerfase en de vereffeningfase. Tijdens de verificatievergadering brengt de curator aan de schuldeisers verslag uit over de stand van de boedel en moeten door de schuldeisers verlangde inlichtingen worden verschaft

3 Bouwwerk

3.1 Verificatievergadering als centrale punt voor zeggenschap van schuldeisers

De verificatievergadering speelt in de opzet van de Faillissementswet een grote rol voor zeggenschap van schuldeisers in faillissement. In de Faillissementswet wordt duidelijk onderscheid gemaakt tussen de beheerfase en de vereffeningfase.⁴⁸ Tijdens de beheerfase inventariseert de curator het vermogen van de schuldenaar. Pas tijdens de vereffeningfase wikkelt de curator de boedel af. De verificatievergadering is het scharnierpunt tussen de beheerfase en de vereffeningfase.⁴⁹ Tijdens de verificatievergadering brengt de curator aan de schuldeisers verslag uit over de stand van de boedel en moeten door de schuldeisers verlangde inlichtingen worden verschaft (art. 137 lid 1 Fw). De schuldeisers beslissen ook tijdens de verificatievergadering of een definitieve schuldeiserscommissie wordt ingesteld, waarmee meer zeggenschap kan worden uitgeoefend op de afwikkeling van het faillissement (art. 75 Fw).

De verificatievergadering is de eerste schuldeisersvergadering. Tijdens de verificatievergadering worden bij de curator

40Vergelijk HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, NJ 1996/727 (Macloou/Curatoren Van Schuppen), r.o. 3.6.

41B. Rikkert, 'Hoe zien onze faillissementsboedels eruit? Een cijfermatige beschouwing van de faillissementen die zijn geëindigd tussen 1 september 2019 en 1 september 2021', *TvI* 2022/26.

42Boedelschuldeisers hebben weliswaar een directe aanspraak op de boedel en kunnen daarom hun eigen belangen behartigen door het leggen van beslag op goederen die tot de boedel behoren, maar een vordering van een boedelschuldeiser wordt in de praktijk afgewezen en een beslag wordt opgeheven als de boedel ontoereikend is om een boedelvordering te voldoen. Zie HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1994, NJ 2022/49 (PaperlinX), r.o. 3.2.5; HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3080, NJ 2014/484 (CZ Zorgkantoor/Scholtes q.q.), r.o. 3.4.2 en in de lagere rechtspraak Rb. Rotterdam 11 mei 2016, JOR 2016/253, r.o. 4.2 e.v.

43Hoe vaak een faillissement vereenvoudigd wordt afgewikkeld is niet bekend, maar in een (niet representatief) onderzoek dat in 2021 is uitgevoerd in opdracht van het WODC zijn 100 faillissementen onderzocht. Ten minste 14 van deze faillissementen zijn vereenvoudigd afgewikkeld. 73 faillissementen werden opgeheven bij gebrek aan baten. Zie A. Karapetian, M.L. Lennarts & F.M.J. Verstijlen, *De positie van concurrente schuldeisers in faillissement. Een verkennend onderzoek naar de positie van concurrente (mkb-) schuldeisers in faillissement en de mogelijkheden deze te verbeteren*, Den Haag/Groningen: WODC/Rijksuniversiteit Groningen – Faculteit Rechtsgeleerdheid 2021, p. 17.

44Vergelijk HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1900, NJ 2018/412 (Stichting ANV Fondsen), r.o. 4.1.2 en HR 25 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9961, NJ 2012/339, r.o. 3.3.3.

45W.J.M. van Andel & T.T. van Zanten, 'Informatieverzorging door de curator in faillissement', in: J.J. Reiziger & A. van der Schee (red.), *De curator en informatie* (INSOLAD Jaarboek 2013), Deventer: Wolters Kluwer 2013, p. 29; J.L.M. Groenewegen & M.J.H. Orval, 'Rechten van schuldeisers op informatie in faillissement: een begaanbare weg of doodlopend pad?', in: I. Spinath, J.E. Stadig & M. Windt (red.), *Curator en Crediteuren* (INSOLAD Jaarboek 2009), Deventer: Wolters Kluwer 2009, p. 39. Zie ook de conclusie van A-G Huydecoper voor HR 21 januari 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AS3534, NJ 2005/249, par. 28.

46HR 15 december 2023, ECLI:NL:HR:2023:1751, JOR 2024/79.

47Vergelijk Matteüs 7.24-27.

48Pannevis 2022, par. 2.2.1.

49Art. 173 lid 1 Fw.

ingediende en door de curator op de lijst geplaatste⁵⁰ vorderingen vastgesteld. De curator en schuldeisers kunnen vorderingen betwisten (art. 119 Fw), waarop in een renvooiprocedure wordt beslist (art. 122 Fw).⁵¹ Schuldeisers met een erkende vordering en een voorwaardelijk toegelaten vordering⁵² hebben stemrecht in de schuldeisersvergadering (art. 82 Fw). De rechter-commissaris kan uit eigen beweging, op verzoek van de schuldeiserscommissie en op verzoek van ten minste vijf schuldeisers die 20% van de erkende en voorwaardelijk toegelaten vorderingen vertegenwoordigen een bijzondere schuldeisersvergadering gelasten (art. 84 lid 1 Fw). Dit is echter niet mogelijk voorafgaand aan de verificatievergadering, omdat de stemgerechtigde schuldeisers moeten worden opgeroepen (art. 84 lid 2 Fw) en het stemrecht wordt vastgesteld in de verificatievergadering.⁵³ Ook om die reden is de verificatievergadering belangrijk in verband met zeggenschap van schuldeisers.

De strikte scheiding die de Faillissementswet maakt tussen de beheerfase en de vereffeningfase wordt in de praktijk niet aangehouden. In de praktijk wordt de boedel vrijwel altijd in de beheerfase te gelde gemaakt

3.2 Het belang van de verificatievergadering in de praktijk

De strikte scheiding die de Faillissementswet maakt tussen de beheerfase en de vereffeningfase wordt in de praktijk niet aangehouden.⁵⁴ In de praktijk wordt de boedel vrijwel altijd in de beheerfase te gelde gemaakt.⁵⁵ Voor 1 januari 2019 was dat op grond van artikel 101 Fw strikt genomen slechts in uitzonderingssituaties toegestaan, maar deze uitzonderingen werden ruim opgevat.⁵⁶ Om de wet in overeenstemming te laten zijn met de praktijk, is de curator vanaf 1 januari 2019 op grond van 101 Fw onvoorwaardelijk bevoegd goederen gedurende de beheerfase te verkopen.⁵⁷

In de praktijk wordt in veel faillissementen geen verificatievergadering gehouden. Op grond van artikel 108 Fw bepaalt de rechter-commissaris 'zo nodig' wanneer, waar en op welke wijze een verificatievergadering wordt gehouden. 'Zo nodig' wil zeggen: als een uitkering kan worden gedaan aan de concurrente schuldeisers.⁵⁸ Omdat veel faillissementen worden opgeheven bij gebrek aan baten en een (kleiner) deel van de faillissementen vereenvoudigd wordt afgewikkeld, vindt meestal geen verificatievergadering plaats. Wordt wel een verificatievergadering gehouden, dan is dat vaak als de vereffening (grotendeels)

is afgerond. Het recht om een definitieve schuldeiserscommissie in te stellen (art. 75 lid 1 Fw), het recht om te verzoeken tot het houden van een schuldeisersvergadering (art. 84 lid 1 Fw) en het informatierecht van artikel 137 Fw hebben daarom in de praktijk weinig betekenis.⁵⁹ Schuldeisers hebben voorafgaand aan de schuldeisersvergadering wel andere wettelijke mogelijkheden om invloed uit te oefenen op de afwikkeling van het faillissement, veelal door tussenkomst van de rechter.

3.3 Wat wel kan voorafgaand aan de verificatievergadering

Informatie over de afwikkeling van de boedel ontvangen schuldeisers en andere belanghebbenden via het faillissementsverslag dat de curator periodiek moet uitbrengen (art. 73a Fw). Het verslag wordt op grond van artikel 73a Fw ter kosteloze inzage van ieder neergelegd bij de griffie van de rechtbank. Verslagen van rechtspersonen zijn ook via internet te raadplegen, omdat deze verslagen automatisch worden gepubliceerd in het Centraal Insolventieregister (CIR).⁶⁰ Uit de *Jomed I*-uitspraak van de Hoge Raad volgt dat aan het faillissementsverslag geen hoge eisen worden gesteld. De Hoge Raad lijkt het oordeel van de rechtbank dat het verslag een 'globaal inzicht' moet geven in de afwikkeling van de boedel te onderschrijven.⁶¹

Voor het uitoefenen van invloed op de afwikkeling van het faillissement biedt het faillissementsverslag weinig handvatten, omdat curatoren in de regel slechts zeer summier inzicht geven in de beslissingen die nog genomen moeten worden en de afwegingen die hierbij een rol spelen. Schuldeisers hebben wel de mogelijkheid op grond van artikel 69 Fw de rechter-commissaris te verzoeken de curator te bevelen bepaalde informatie over nog uit te voeren handelingen te verschaffen, mits schuldeisers met dit verzoek ten doel hebben invloed uit te oefenen op het beheer en de vereffening van de boedel.⁶² Bij de beoordeling van dit verzoek worden de boedelbelangen afgewogen tegen de belangen van de verzoeker.⁶³ Voorts heeft de schuldeiserscommissie een vergaand recht op informatie ten opzichte van de curator (art. 74 Fw).

De definitieve schuldeiserscommissie wordt ingesteld door de verificatievergadering, maar voorafgaand aan de verificatievergadering is het mogelijk dat de rechtbank ambtshalve of op verzoek een voorlopige schuldeiserscommissie instelt (art. 74 Fw). De rechtbank kan een voorlopige schuldeiserscommissie instellen en heeft hiertoe dus een discretionaire bevoegdheid.⁶⁴ In ieder geval moet de omvang of aard van het faillissement aanleiding geven tot het instellen van een schuldeiserscommissie, maar de rechtbank mag ook andere factoren meewegen bij de beoordeling.⁶⁵ Mij zijn geen gepubliceerde uitspraken bekend waarin de rechtbank ambtshalve een schuld-

50 De curator heeft de bevoegdheid om schulden zelf op de lijst van voorlopig erkende vorderingen te plaatsen sinds 1 januari 2019 (art. 110 lid 1 Fw), zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34740, nr. 3, p. 14, 15 en 29-31. Voordien mocht de curator dit niet uit eigen beweging doen (HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3464, *NJ* 2015/123 (*Boele's Scheepswerven*), r.o. 4.12.1).

51 Was de procedure al aanhangig bij een andere instantie, dan wordt de procedure daar voortgezet (art. 29 Fw).

52 Zie daarvoor art. 125 Fw. Schuldeisers met een voorwaardelijk toegelaten vordering hebben hangende de renvooiprocedure stemrecht.

53 F.M.J. Verstijlen, art. 84 Fw, aant. 4, in: *GS Faillissementswet*, Deventer: Wolter Kluwer (online, bijgewerkt tot 12 maart 2023); *Wessels* 2020/4298. Pannevis lijkt te menen dat het wel mogelijk is voor de verificatievergadering een schuldeisersvergadering te houden. Zie Pannevis 2019/520.

54 Pannevis 2022, par. 2.2.2.

55 Zie bijvoorbeeld Verstijlen 1998, p. 144.

56 Reeds in 1937 oordeelde de Hoge Raad dat op grond van art. 101 Fw (oud) ook een gehele onderneming kon worden vervreemd in HR 27 augustus 1937, ECLI:NL:HR:1937:126, *NJ* 1938/9 (*Nieuw Plancius*).

57 *Kamerstukken II* 2016/17, 34740, nr. 3, p. 28.

58 *Kamerstukken II* 2016/17, 34740, nr. 3, p. 28-29.

59 Zie in het kader van het informatierecht van art. 137 Fw R.J. Abendroth, annotatie onder HR 21 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS3534, *JOR* 2005/104 (*Jomed I*), par. 4.

60 Werkinstructie van de Rechtspraak, 'Een voortgangsverslag, tussentijds financieel verslag en stuurinformatie indienen', www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/werkinstructie-voortgangsverslagen-indienen-in-faillissementszaken.pdf (laatst gewijzigd: 16 oktober 2023, laatst geraadpleegd: 15 maart 2024).

61 HR 21 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS3534, *NJ* 2005/249 (*Jomed I*).

62 HR 21 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS3534, *NJ* 2005/249 (*Jomed I*), r.o. 3.6.

63 HR 21 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS3534, *NJ* 2005/249 (*Jomed I*), r.o. 3.7. Zie hierover in lagere rechtspraak Rb. Rotterdam 8 september 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ8970, r.o. 3.8 en 3.9 en Rb. Alkmaar 23 oktober 2009, ECLI:NL:RBALK:2009:BK1060, r.o. 3.8-3.10.

64 Zie bijvoorbeeld Rb. Noord-Nederland 10 juni 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:2046, *JOR* 2022/263, r.o. 3.15; Rb. Noord-Holland 22 april 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:3382, *JOR* 2021/222 (*D-reizen*), r.o. 4.1; Rb. Rotterdam 11 december 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:11834, *JOR* 2021/99 (*ECP*), r.o. 4.1 en de annotatie van J.J. van Hees onder HR 6 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1338, *JOR* 2014/280 (*SNS Property Finance*).

65 Concl. A-G Wuisman 6 juni 2014, ECLI:NL:PHR:2014:288, *JOR* 2014/280 (*SNS Property Finance*), par. 2.5.1.

- 66 Zie recent naast de uitspraken in voetnoot 64 en 70 Rb. Amsterdam 3 maart 2021, *JOR* 2021/189 (*Conservatrix*).
- 67 Volgens Rb. Rotterdam 18 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9476, r.o. 2.8 op 14 augustus 2015, maar volgens de faillissementsverslagen op 13 augustus 2015. Het centraal insolventieregister noemt beide data.
- 68 Rb. Rotterdam 18 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9476, r.o. 1.1 (deze rechtsoverweging is niet opgenomen in de uitspraak die in de *JOR* is gepubliceerd).
- 69 Rb. Rotterdam 18 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9476, *JOR* 2016/80 (*Imtech*).
- 70 Rb. Rotterdam 17 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2013, *JOR* 2016/251.
- 71 Zie bijvoorbeeld het tweede faillissementsverslag van 9 december 2015 (geraadpleegd op 15 maart 2024 via het centraal insolventieregister), waar in hoofdstuk VIII verslag wordt gedaan van de verkoop van deelnemingen.
- 72 Art. 78 Fw bevat een opsomming van handelingen waarvoor advies moet worden gevraagd. Zie ook art. 104 Fw.
- 73 G.H. Gispen, 'Enkele praktische beschouwingen over crediteurencommissies', in: Spinath, Stadig & Windt 2009, p. 64. Een belangrijke reden om art. 69 Fw te kiezen boven art. 79 Fw is dat tegen een beslissing op grond van art. 69 Fw hoger beroep kan worden ingesteld bij de rechtbank, terwijl voor de beslissing op grond van art. 79 Fw een appelverbod geldt (art. 67 lid 1 Fw).
- 74 *Kamerstukken II* 2016/17, 34740, nr. 3, p. 8.
- 75 Met de inwerkingtreding van de Wet modernisering faillissementsprocedure, *Stb.* 2018, 348.
- 76 *Kamerstukken II* 2017/18, 34740, nr. 3, p. 23-24.
- 77 Rb. Noord-Holland 22 april 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:3382, *JOR* 2021/222 (*D-reizen*), r.o. 4.5. De leden werden daadwerkelijk benoemd in Rb. Noord-Holland 10 mei 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:4033, *RI* 2021/64.
- 78 *Kamerstukken II* 2017/18, 34740, nr. 3, p. 23.
- 79 Bijvoorbeeld in HR 9 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6164, *NJ* 2000/577 (*Durmaz/Kramer q.q.*), r.o. 3.3.2; HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0311, *NJ* 1991/727 (*Brandwijk-Guis/Jurgens q.q.*) en HR 10 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG5015, *NJ* 1985/791 (*Van der Giessen q.q./Rutten en Kruisman*), r.o. 3.3.2.
- 80 Rb. Amsterdam 10 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4889, *JOR* 2019/238 (*Slotervaart*), r.o. 5.14; Rb. Leeuwarden 30 maart 2012, ECLI:NL:RBLLE:2012:BW5758, *JOR* 2012/336 en Rb. 's-Hertogenbosch 9 februari 2007, *JOR* 2007/127, r.o. 3.8. Anders: Rb. Rotterdam 9 november 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB9250, *JOR* 2008/26.
- 81 Partij is degene die om de beschikking heeft gevraagd en degene tot wie de beschikking is gericht, zie laatste HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:589, *NJ* 2019/268, r.o. 3.4.2.

eiserscommissie instelt. Instelling van een commissie op verzoek van bijvoorbeeld schuldeisers komt weinig voor.⁶⁶ Een nadeel van instelling van een schuldeiserscommissie op verzoek is dat de commissie enige tijd na de faillietverklaring wordt ingesteld, omdat het verzoek moet worden opgesteld en ingediend en de rechtbank tijd nodig heeft om op het verzoek te beslissen. Ter illustratie: Royal Imtech N.V. is medio augustus 2015⁶⁷ failliet verklaard, op 29 oktober 2015⁶⁸ heeft Rabobank verzocht om de instelling van een voorlopige schuldeiserscommissie, terwijl het verzoek (na een tussenbeschikking van 18 december 2015⁶⁹) is toegewezen op 17 maart 2016.⁷⁰ In de tussentijd hebben de curatoren al veel belangrijke handelingen verricht in het faillissement.⁷¹

De curator is in veel gevallen verplicht advies te vragen aan de schuldeiserscommissie voordat hij een bepaalde handeling verricht,⁷² maar de curator is niet verplicht het advies van de commissie op te volgen. Volgt hij het advies niet op, dan moet hij dat meedelen aan de schuldeiserscommissie en de voorgenomen handeling drie dagen opschorten (art. 79 Fw). In die drie dagen kan de commissie op grond van artikel 79 of 69 Fw⁷³ de beslissing van de rechter-commissaris inroepen. De commissie heeft ook een controlerende of toezichthoudende taak,⁷⁴ die naar voren komt in de bevoegdheid om gebruik te maken van het klachtrecht (art. 69 Fw) en te verzoeken om ontslag van de curator (art. 74 Fw). Deze controlerende taak kan niet zelfstandig worden uitgeoefend door de schuldeiserscommissie. Op een artikel 69-verzoek beslist in eerste aanleg de rechter-commissaris en op een verzoek om ontslag van de curator beslist de rechtbank.

In artikel 75 lid 1 Fw is opgenomen dat de schuldeiserscommissie bestaat uit een oneven aantal leden en belangrijke groepen van schuldeisers vertegenwoordigt. Sinds 1 januari 2019⁷⁵ kunnen ook boedelschuldeisers en niet-schuldeisers zitting nemen in de schuldeiserscommissie.⁷⁶ In het faillissement van D-reizen werd bijvoorbeeld iemand van FNV Advocaten benoemd tot lid, om het geluid van de werknemers in de commissie te laten horen.⁷⁷ Door de schuldeiserscommissie divers samen te stellen kan de curator een goed beeld krijgen van de belangen van verschillende typen schuldeisers en ook eventuele maatschappelijke belangen die spelen.⁷⁸ Het belangenpluralisme in faillissement komt bij een diverse samenstelling goed tot zijn recht in de commissie.

Schuldeisers, de schuldeiserscommissie en de schuldenaar kunnen tot slot invloed uitoefenen door gebruik te maken van het klachtrecht van artikel 69 Fw en het beroepsrecht van artikel 67 Fw. Naar aanleiding van een artikel 69-verzoek kan de rechter-commissaris de curator bevelen een specifieke handeling te verrichten of na te laten. De hiervoor genoemde belanghebbenden die de bevoegdheid hebben een artikel 69-verzoek

in te dienen, zijn limitatief opgenomen in artikel 69 Fw. Andere belanghebbenden zoals boedelschuldeisers en werknemers mogen niet van het klachtrecht gebruikmaken. Alleen als een schuldeiser in zijn belangen als schuldeiser wordt geschaad is er ruimte om een bevel te geven aan de curator op grond van artikel 69 Fw.⁷⁹ Maatschappelijke belangen, die hiervoor aan de orde zijn gesteld in paragraaf 2.2, mogen niet ten grondslag liggen aan een artikel 69-verzoek, hoewel regelmatig wordt aangenomen dat maatschappelijke belangen wel een rol mogen spelen bij de afweging die de rechter-commissaris (en in hoger beroep de rechtbank) maakt.⁸⁰

Tegen een beslissing van de rechter-commissaris kunnen degenen die 'partij' zijn bij de beschikking op grond van artikel 67 Fw hoger beroep instellen bij de rechtbank.⁸¹ Niet iedereen die belanghebbende is kan beroep instellen, terwijl voor diverse beschikkingen een appelverbod geldt zodat niemand tegen dergelijke beschikkingen hoger beroep kan instellen (art. 67 lid 1 Fw). Een belangrijke beschikking waartegen geen hoger beroep kan worden ingesteld, is de goedkeuring voor onderhandse verkoop van tot de boedel behorende goederen (art. 176 lid 1 Fw).

Schuldeisers hebben op grond van de wet verschillende mogelijkheden om zeggenschap uit te oefenen in faillissement, maar in de praktijk kunnen die mogelijkheden vaak niet of te laat in het proces worden benut

4 Evaluatie en aanbevelingen

Zeggenschap van schuldeisers is, zoals uit het voorgaande blijkt, niet gegrond op alle zeven bouwstenen uit paragraaf 2. Schuldeisers hebben op grond van de wet verschillende mogelijkheden om zeggenschap uit te oefenen in faillissement, maar in de praktijk kunnen die mogelijkheden vaak niet of te laat in het proces worden benut (eerste bouwsteen). Een belangrijke oorzaak daarvan is dat de curator in de regel pas informatie verstrekt over een bepaalde handeling, nadat de rechter-commissaris de handeling heeft goedgekeurd en de handeling door de curator is uitgevoerd (zevende bouwsteen). Schuldeisers en andere belanghebbenden kunnen pas daadwerkelijk invloed uitoefenen op de afwikkeling van het faillissement, als informatie vooraf wordt verstrekt. Een mogelijkheid hiertoe is dat de curator wettelijk wordt verplicht belangrijke handelingen die veel impact hebben vooraf aan te kondigen

via het CIR.⁸² Belangrijke handelingen zijn bijvoorbeeld onderhandse verkoop van goederen (art. 176 Fw), het aangaan van vaststellingsovereenkomsten of schikkingen (art. 104 Fw),⁸³ de voortzetting van het bedrijf tijdens de beheerfase (art. 98 Fw) en het optreden in rechte (art. 68 lid 3 Fw en 78 lid 1 Fw). Om het proces niet te lang te vertragen, zou de curator een wachtermijn van drie dagen in acht moeten nemen om de mogelijkheid te bieden een zienswijze in te dienen of via artikel 69 Fw tegen een voorgenomen handeling op te komen.⁸⁴

Schuldeisers kunnen voorts eerder zeggenschap uitoefenen in faillissement als de mogelijkheid zou worden geboden voorafgaand aan de verificatievergadering een schuldeisersvergadering te houden. Tijdens deze schuldeisersvergadering zou dan een schuldeiserscommissie ingesteld moeten kunnen worden. Omdat vorderingen nog niet zijn geverifieerd, zou de rechter-commissaris de hoogte van vorderingen moeten schatten als schuldeisers verzoeken om het beleggen van een schuldeisersvergadering. Ook zou de rechter-commissaris vorderingen die ter vergadering worden betwist voorlopig moeten beoordelen voor de vaststelling van het stemrecht.⁸⁵ Een schuldeiserscommissie kan daarnaast eerder worden ingesteld als de rechtbank bij de faillietverklaring ambtshalve beoordeelt of instelling van een schuldeiserscommissie wenselijk is. De rechter-commissaris kan kort na de faillietverklaring beoordelen of instelling van een schuldeiserscommissie in de rede ligt en hierom verzoeken indien dat wordt gewenst.⁸⁶ Omdat schuldeisers niet altijd belang hebben bij het uitoefenen van invloed (vijfde bouwsteen) is een 'meer imperatief voorschrift'⁸⁷ niet gewenst.

Omdat diverse belangen een rol spelen bij de afwikkeling van het faillissement (tweede bouwsteen),⁸⁸ is het goed dat de schuldeisersvergadering en -commissie geen doorslaggevende invloed kunnen uitoefenen op de afwikkeling van het faillissement.⁸⁹ Schuldeisers kunnen in de schuldeisersvergadering van zich laten horen, mede door het uitbrengen van hun stem, maar de uiteindelijke beslissing wordt terecht genomen door de curator, in samenspraak met de rechter-commissaris die toezicht houdt op de curator en goedkeuring of machtiging moet geven voor bepaalde handelingen. Belangrijke groepen schuldeisers moeten worden vertegenwoordigd in de schuldeiserscommissie, maar ook niet-schuldeisers kunnen lid zijn van de commissie. Dat sluit aan bij de tweede en vierde bouwsteen.

Andere belanghebbenden dan faillissementsschuldeisers hebben weinig invloed op de afwikkeling van het faillissement als geen schuldeiserscommissie is ingesteld. Om die

reden zou het klachtrecht van artikel 69 Fw open moeten staan voor alle belanghebbenden⁹⁰ en zouden alle belangen bij de beoordeling een rol mogen spelen.⁹¹ Dat iedere belanghebbende gebruik moet kunnen maken van het klachtrecht is enerzijds een uitbreiding ten opzichte van huidig recht (tweede en vierde bouwsteen), maar het houdt ook de beperking in dat alleen partijen met een belang bevoegd zijn een artikel 69-verzoek in te dienen (zesde bouwsteen). Ook het beroepsrecht van artikel 67 Fw zou open moeten staan voor alle belanghebbenden.

Andere belanghebbenden dan faillissementsschuldeisers hebben weinig invloed op de afwikkeling van het faillissement als geen schuldeiserscommissie is ingesteld. Om die reden zou het klachtrecht van artikel 69 Fw open moeten staan voor alle belanghebbenden en zouden alle belangen bij de beoordeling een rol mogen spelen

5 Conclusie

Omdat de curator zijn taak primair uitoefent in het belang van de schuldeisers, moeten zij tijdig en voldoende invloed kunnen uitoefenen op de afwikkeling van het faillissement. In de wet komt dat door de plaats die de verificatievergadering inneemt in het faillissementsproces helder naar voren, maar in de praktijk heeft de verificatievergadering niet de beoogde spilfunctie. Het faillissement raakt ook anderen dan schuldeisers. Andere belanghebbenden moeten daarom ook de mogelijkheid hebben van zich te laten horen. De schuldeiserscommissie biedt daartoe mogelijkheden, maar het komt niet vaak voor dat een schuldeiserscommissie wordt ingesteld. In dit artikel heb ik een aantal aanbevelingen gedaan om het bouwwerk van zeggenschap van schuldeisers en andere belanghebbenden in lijn te brengen met het fundament waarop deze zeggenschap zou moeten worden gebouwd. Er moeten nog diverse verbouwingswerkzaamheden worden verricht om het bouwwerk beter te laten aansluiten op het fundament.

82 Vergelijk R.S. Schimmelpenninck, 'Informatie- en beïnvloedingsmogelijkheden van schuldeisers in faillissement', in: R.S. Meijer, F.E. Vermeulen & B.T.M. van der Wiel, *Uit de Praktijk. Liber Amicorum mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 235-236.

83 Vergelijk art. 4.2.3 lid 1 Voorontwerp Insolventiewet (S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Voorontwerp Insolventiewet* (Onderneming en Recht nr. 2-IV), Deventer: Kluwer 2007).

84 Vergelijk art. 79 Fw.

85 De Kloe 2023, par. 6.6.6.

86 De Kloe 2023, par. 6.6.7.

87 Van der Feltz II 1896, p. 21-23.

88 Zie ook par. 2.3 over schuldeisers en tegenstrijdige belangen.

89 De enige uitzondering hierop betreft de bevoegdheid van de schuldeiservergadering om te besluiten over voortzetting van de onderneming (art. 173a Fw e.v.). Hoewel die bevoegdheid in de praktijk niet wordt uitgeoefend, is het naar mijn mening wenselijk deze bevoegdheid te schrappen.

90 De Kloe 2023, par. 5.3.6.

91 De Kloe 2023, par. 5.4.3.