

## Tuingeredschap – Schoffelen en wieden in de voortuin van het faillissement

MR. PH.W. SCHREURS<sup>1</sup>

### 1. Inleiding

Ten behoeve van ondernemingen in financiële problemen is internationaal een toename zichtbaar van regelingen die zien op situaties *voorafgaand* aan faillissement. Dat is gebaseerd op de veronderstelling dat er in die fase veel meer mogelijkheden zijn om de gezonde delen van een onderneming te redden.<sup>2</sup> In die fase beschikt de Nederlandse Faillissementswet slechts over de surseance van betaling, die echter als herstructureringsinstrument te enen male tekort schiet.<sup>3</sup>

De praktijk heeft sterk behoefte aan een verfijnder instrumentarium om de werkelijk *gapende* kloof tussen herstructurering en vereffening te overbruggen. Nederland begint inmiddels het voorbeeld van ons omringende landen in toenemend tempo te volgen.<sup>4</sup> Te denken valt aan: de opkomst van de stille bewindvoering gevolgd door de consultatieronde en het daaropvolgende wetsvoorstel WCO I ter zake het beoogd curatorschap; de consultatieronde WCO II ter zake het gerechtelijk dwangakkoord;<sup>5</sup> de aankondiging van WCO III om voortzetting van een onderneming in faillissement te faciliteren en kansen op

1. Flip Schreurs is advocaat bij Boels Zanders Advocaten te Eindhoven en bestuurslid van de Vereniging Insolad. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel.
2. De Europese Commissie heeft in de aanbevelingen voor nieuwe insolventieregels een meer 'rescue-orientated approach' *uitdrukkelijk* tot speerpunt gemaakt. Zie onder meer de 'recommendation of the European Commission zoals gepubliceerd op [http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c\\_2014\\_1500\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2014_1500_en.pdf)
3. Het valt buiten het bestek van dit artikel uitvoerig in te gaan op de redenen van het tekortschieten van de surseance als herstructureringsinstrument. In essentie komt dat doordat het afvloeien van personeel dan niet effectief kan plaatsvinden. Hier wordt opgemerkt dat de nieuwe Wet Werk en Zekerheid daar mogelijk verandering in brengt doordat in surseance geen transitievergoeding verschuldigd wordt. Bij het afronden van dit artikel waren daarmee nog weinig ervaringen.
4. Zie ook: *Rechtsvergelijkende verkenning in het kader van het programma herijking faillissementsrecht*; P.M. Veder, T.E. Booms, N.B. Pannevis, OC Onderneming & Recht Nijmegen: <https://www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/2315-faillissementsrecht.aspx?cp=44&cs=6796>.
5. Zoals gepubliceerd op [www.internetconsultatie.nl/WCO2](http://www.internetconsultatie.nl/WCO2). De consultatie is afgesloten op 15 december 2014.

een doorstart vanuit faillissement te vergroten;<sup>6</sup> en uiteraard niet in de laatste plaats het Insolad-ontwerp voor een nieuwe surseanceregeling.

Net als in de bestaande surseancewetgeving is bij de stille bewindvoering, WCO I en het Insolad-ontwerp (mede) voorzien in een curator-achtige functionaris. In deze bijdrage zal ik, mede aan de hand van enkele praktijkervaringen, stilstaan bij de bijzondere gereedschappen die de functionaris in deze pre-insolventieprocedures ter beschikking staan.

## 2. Stille bewindvoering ‘oude stijl’ (2011 – 2013)

De stille bewindvoering zoals die sedert 2011 in Nederland door de meeste rechtbanken wordt toegepast, mag in dit overzicht niet ontbreken.<sup>7</sup> Het fenomeen is geheel en al gevormd in de praktijk. Er is niettemin verrassend weinig jurisprudentie over. De gepubliceerde rechtspraak gaat bovendien in het geheel niet over de taakuitoefening door de stille bewindvoerder.<sup>8</sup> In dit hoofdstuk beschrijf ik enkele aspecten van de praktijk zoals die eruit zag tot eind 2013.<sup>9</sup>

Het initiatief gaat geheel uit van de schuldenaar. Deze verzoekt de rechtbank kenbaar te maken welke persoon zij *zal* benoemen tot curator indien binnen een bepaalde toekomstige periode een faillissement van de schuldenaar wordt uitgesproken. Die schuldenaar vraagt dat niet voor niets. In de eerste plaats draagt het ‘stille’ karakter van de bewindvoering bij aan het voorkomen van desintegratieschade. Daarnaast hebben de betrokkenen er baat bij voorafgaand aan het formele faillissement zoveel mogelijk duidelijkheid te krijgen over

---

6. Zoals het meest recent aangekondigd in de brief van de Minister van Veiligheid en Justitie van 9 december 2014 inzake de Herijking van het faillissementsrecht.

7. Een recent overzicht van de belangrijkste artikelen die in de afgelopen jaren zijn verschenen is te vinden in voetnoot 5 van de MvT bij WCO I.

8. Ik kom slechts tot de volgende uitspraken. De moeder aller prepacks (althans in Nederland): Rb 's-Hertogenbosch 22 februari 2011, *JOR* 2011/375; Hof 's-Hertogenbosch 4 juli 2012, *JOR* 2013/26 (Landsbanki/Vos c.s.), Rb Maastricht 28 november 2012, *JOR* 2013/63; Rb Oost-Brabant 10 december 2013, *JOR* 2014/115 (Verum); Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 30 oktober 2014, *JOR* 2015/6 (Depron) en Rechtbank Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589 (Heiploeg). De eerste vier zien daarenboven ook alleen maar op de ‘formele’ variant van de stille bewindvoering, via de benoeming van een ‘deskundige’. Voorts kwamen prepacks als ‘omstandigheid’ aan de orde in Rb Midden-Nederland 12 februari 2014, *JOR* 2014/187 (Ruwaard van Putten) en Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 24 februari 2015, *JOR* 2015/138 (Brink’s).

9. Omwille van de leesbaarheid heb ik ervan afgezien de Hoofdstukken 2 en 3 in de verleden tijd te schrijven. Gelieve de lezer zich te realiseren dat de daar beschreven gang van zaken inmiddels geschiedenis is.

mogelijke standpunten<sup>10</sup> van de toekomstige curator: dat creëert ‘deal certainty’, waardoor schuldenaar en doorstarter in theorie bereid zouden moeten zijn op (voor de gezamenlijke schuldeisers) gunstigere wijze met elkaar te contracteren.<sup>11</sup> Bovendien is extra voorbereidingstijd voor een toekomstige curator zinvol.

In de praktijk zoals toegepast in de periode 2011-2013 laten zich al twee stukken ‘gereedschap’ van de stille bewindvoerder onderscheiden.

### 2.1 *De verklaring omtrent toekomstige standpunten*

De eerste is de verklaring omtrent toekomstige standpunten. Deze speelt bijvoorbeeld een rol wanneer de schuldenaar een (rechts)handeling wil verrichten die de stille bewindvoerder onverstandig of mogelijk zelfs ongeoorloofd vindt. Wanneer het bestuur laat blijken zijn voornemen door te willen zetten, kan de stille bewindvoerder (bij voorkeur schriftelijk) aangeven bezwaar te hebben. De stille bewindvoerder kan de handeling dan mogelijk alsnog voorkómen door aan te geven dat hij, bij uitvoering van de handeling, ná faillietverklaring de bestuurders persoonlijk aansprakelijk zal stellen.<sup>12</sup> Dit is een verklaring omtrent de juridische gevolgen die de bewindvoerder *na* faillietverklaring aan een handeling *voordien* zal verbinden.

In positieve zin kan de stille bewindvoerder een verklaring geven ten aanzien van de transactie waar het met name om begonnen is: de post-faillissements-doorstart. De stille bewindvoerder kan de onderhandelingen bijwonen of leiden; hij kan actief een resultaat nastreven of passief aangeven geen bezwaren te zien tegen een voorgenomen transactie.<sup>13</sup> Als hij pro- of reactief aangeeft bezwaren tegen een bepaald aspect te hebben, dan zal dat normaal gesproken ertoe moeten leiden dat betrokkenen in zijn richting opschuiven, wetende dat de stille bewindvoerder degene wordt die ná faillissement de overeenkomst moet tekenen. Hier gaat het derhalve om een verklaring *vooraf* ten aanzien van een *na* faillissement plaats te vinden transactie.

---

10. Omtrent (bij voorkeur: afwezigheid van) pauliana of bestuurdersaansprakelijkheid.

11. Citerend uit een Bossche aanstellingsbrief uit 2012: ‘Op basis van de thans beschikbare informatie (...) is deze rechtbank voornemens aan te stellen tot curator mr. X. (...) De aanwijzing van een stille bewindvoerder biedt een mogelijkheid om in relatieve rust een verkoop of reorganisatie vanuit een insolventie voor te bereiden. Door de aanwijzing van een stille bewindvoerder en rechter-commissaris, kunnen betrokkenen voorafgaand aan de daadwerkelijke insolventie kennis nemen van hun standpunten tijdens een insolventie.’

12. Het voornemen om uit beperkte liquide middelen tijdens de stille bewindvoering een schuld aan een gelieerde partij te betalen, is een veel voorkomend praktijkvoorbeeld.

13. De spin-in-het-web of the-fly-on-the-wall varianten derhalve, en alles wat daar tussen ligt.

## 2.2 *Neerleggen functie*

Het tweede instrument is het neerleggen van de functie. Dit staat de stille bewindvoerder in de eerste plaats ten dienste wanneer hij geen aanleiding meer ziet om de stille bewindvoering te handhaven. Dat kan zijn omdat een bepaalde transactie afgerond is, omdat er slechts weinig desintegratieschade is te verwachten, of omdat voorzienbaar is dat in een openbaar proces meer gegadigden mee zullen dingen. De stille bewindvoerder dient in een dergelijke situatie, gehoord de schuldenaar en de stille rechter-commissaris, zijn taakvervulling te staken. De schuldenaar staat het vrij naar bevind van zaken te handelen, maar hem rest vermoedelijk weinig anders dan het aanvragen van het faillissement. Dat leidt dan tot een hernieuwde kennismaking met de inmiddels curator geworden bewindvoerder.

In de tweede plaats ligt beëindiging van zijn functie door een stille bewindvoerder voor de hand indien de schuldenaar hem van onvoldoende of onjuiste informatie blijkt te hebben voorzien of in andere situaties waarin de stille bewindvoerder het gevoel heeft dat misbruik wordt gemaakt van het gebrek aan transparantie.

De stille bewindvoerder kan op ieder moment ‘ontslagen’ worden door de schuldenaar. In formele zin is er immers geen enkele band en als de schuldenaar besluit de stille bewindvoerder niet meer toe te laten, kan die laatste daar niets tegen doen. Ik begrijp<sup>14</sup> dat dit wel eens is voorgekomen. Maar het zal de uitzondering zijn geweest die de bevestiging van de regel vormt. De schuldenaar heeft daar doorgaans immers geen *enkele* behoefte aan. Hij zit nu juist dringend verlegen om de betrokkenheid van de stille bewindvoerder.

Maar het omgekeerde is wel degelijk voorgekomen.<sup>15</sup> Aftreden op initiatief van de stille bewindvoerder is diens ultimum remedium. Het vormt in mijn ogen<sup>16</sup> de crux van de autoriteit van de stille bewindvoerder. Daaraan voorafgaand zit het ‘dreigen’ met aftreden. *Exact op dat punt* zit het scharnier van de balans tussen stille bewindvoerder en schuldenaar. Die laatste weet dat hij de in onmin

---

14. In de spreekwoordelijke wandelingen.

15. In *De pre-pack in de praktijk*, J.R. Hurenkamp, Celsus uitgeverij, 2014 analyseert de schrijver 48 tot dan toe plaats gevonden hebbende pre-packs. Een uitvoerige samenvatting is verschenen in *TvI 2015/20*, Failliet of fast forward? – een analyse van de pre-pack in de praktijk. In 2 van de 48 gevallen heeft de bewindvoerder zijn aanstelling ingeleverd. Ik ken nog ten minste één daar niet besproken geval.

16. Zoals eerder door mij betoogd in ‘Hoe stil is de stille bewindvoerder nu eigenlijk?’ *FIP* 2013/8.

vertrokken bewindvoerder later<sup>17</sup> als curator ‘terugkrijgt’ en zal zich dus op het hoofd krabben: toch niet alsnog volledig meewerken?

Al met al beschikt de stille bewindvoerder over (a) het middel van de verklaring omtrent een bepaalde juridische kwalificatie of toekomstige transactie en (b) over het middel van (het dreigen met) ontslag. Andere middelen heeft hij niet, maar die heeft hij ook niet nodig. Die krijgt hij immers als curator in het daarop volgende faillissement.

## 2. Beoogd curatorschap consultatiefase Voorontwerp (2013 – 2015)

Het consultatie-document (hierna ‘VO’ respectievelijk ‘VO-MvT’), dat op 22 oktober 2013 is gepubliceerd,<sup>18</sup> bevatte een voorstel met een summier aantal bepalingen. Het ademt de geest van de positieve ervaringen die de tamelijk ongereguleerde praktijk tot dan toe had opgedaan. Met het voorontwerp vangt een nieuwe fase aan. Het lanceert in de eerste plaats het nieuwe begrip ‘beoogd curator’ dat sedertdien in aanstellingsbrieven ook wel is gehanteerd.<sup>19</sup> Ten aanzien van de twee instrumenten die ik hiervoor noemde bevat het enkele relevante passages.

### 3.1 De verklaring

In het voorgestelde artikel 365, lid 2 VO is het volgende opgenomen:

*‘De beoogd curator (...) kan, indien de schuldenaar daar om vraagt, onder meer verklaren:*

*a. dat redelijkerwijs verwacht mag worden dat de rechtshandelingen die de schuldenaar voornemens is te verrichten in het kader van de normale bedrijfsvoering of ter aflossing van de schulden, na een eventuele faillietverklaring door de curator niet zullen worden vernietigd op grond van de artikelen 42 tot en met 47;*

*b. onder welke voorwaarden redelijkerwijs verwacht mag worden dat de curator na een eventuele faillietverklaring goederen zal vervreemden op basis van artikel 101, eerste lid, en*

17. Het hierna nog te behandelen wetsvoorstel WCO I stelt in art. 14a F een termijn van 3 maanden voor waarbinnen de voormalige beoogd curator ook daadwerkelijk nadien tot curator zou moeten worden benoemd in geval van een faillissement. Ik vind dat nogal kort. Een jaar is voor de hand liggender.

18. [www.internetconsultatie.nl/wet\\_continuïteit\\_ondernemingen\\_i](http://www.internetconsultatie.nl/wet_continuïteit_ondernemingen_i).

19. Een Bossche aanstellingsbrief uit 2015 luidt voor het overige nagenoeg hetzelfde als de hiervoor in noot 11 geciteerde brief uit 2012. Wel wordt daarin, net als in het VO, aandacht besteed aan de ‘maatschappelijke meerwaarde’ van de stille bewindvoering.

*c. welke voorbereidingen zouden kunnen worden getroffen om de afwikkeling van een eventueel faillissement te bespoedigen.'*

Het zal duidelijk zijn dat dit een buitengewoon ruim palet aan mogelijkheden biedt voor de beoogd curator: zowel voor de situatie dat helemaal geen faillissement volgt, maar ook ter voorbereiding van een faillissement, alsook ten slotte ter anticipatie op een nadien te realiseren doorstart. In de toelichting werd hierover nog het volgende gesteld:<sup>20</sup>

*'Uit lid 2 aanhef en onder a volgt, dat de schuldenaar de beoogd curator kan vragen (...) te verklaren onder welke voorwaarden redelijkerwijs verwacht mag worden dat de betreffende rechtshandelingen na een eventuele faillietverklaring door de curator niet vernietigd zullen worden op grond van de artikelen 42 en 47.'*

*'Uit lid 2 aanhef en onder b volgt dat de beoogd curator op verzoek van de schuldenaar kan verklaren onder welke voorwaarden redelijkerwijs verwacht mag worden dat de curator in het eventuele faillissement goederen zal vervreemden (...). (Het - toev. FS) is van belang dat bij het vormgeven van de transactie in een zo vroeg mogelijk stadium zoveel mogelijk zekerheid kan worden verkregen of de curator in het eventuele faillissement de transactie inderdaad zal verrichten (...).'*

En ten slotte:<sup>21</sup>

*'Uit lid 2 aanhef en onder c volgt dat de beoogd curator nadat de schuldenaar daarom heeft gevraagd, kan aangeven welke voorbereidingen nodig zijn om de nadelige gevolgen van een eventuele faillietverklaring af te wenden of te beperken. (...) de belangen van de schuldeisers, alsmede de continuïteit van de onderneming en daarmee het behoud van werkgelegenheid (kunnen) erbij gebaat zijn wanneer de beoogd curator de schuldenaar praktische maatregelen kan aanreiken.'*

In vérgaande mate voorzag de Minister hier in een vooral door de banken krachtig bepleite 'deal certainty'. Een zekerheid die tot gevolg heeft dat een koper (en diens financier) geen of minder onzekerheid in zijn bieding behoeft te verdisconteren. Theoretisch leidt dit tot een hogere opbrengst voor de gezamenlijke crediteuren of tot een hoger werkgelegenheidsperspectief voor het

---

20. VO-MvT p. 23

21. VO-MvT p. 25.

personeel. Onderzoek leidt tot de waarneming dat dit zich in de praktijk ook heeft bewezen.<sup>22</sup>

Bij uitstek dit middel zal de stille bewindvoerder hebben toegepast in stille bewindvoeringen die nagenoeg volledig aan het oog onttrokken zijn: namelijk de bewindvoeringen die *niet* opgevolgd zijn door een kort nadien uitgesproken faillissement. Ik heb geen duidelijk beeld van de desbetreffende aantallen. Ik denk dat ze in de diverse praktijkonderzoeken ondervertegenwoordigd zijn<sup>23</sup> en vond en vind dat deel van de praktijk met name uitdagend: als stille bewindvoering tot effect heeft dat *onder onafhankelijk toezicht van een door een rechtbank benoemde insolventie-specialist en een rechter-commissaris* herstructureringen kunnen plaatsvinden *zonder* faillissementen, hebben we toch veel gewonnen?

### 3.2 *Het (dreigen met) terugtreden*

Ten aanzien van het tweede middel, het (dreigen met) terugtreden, vormde het consultatie-voorstel echter een merkwaardige stap achteruit.<sup>24</sup> Weer enige citaten uit de *VO-MvT*:<sup>25</sup>

*‘De beoogd curator heeft louter tot taak om mee te kijken, zich te (laten) informeren en zich een oordeel te vormen over de gang van zaken binnen de onderneming.’*

en voorts als toelichting bij het in de vorige alinea geciteerde artikel 365:<sup>26</sup>

*‘Het tweede lid brengt een wezenlijk element in de verhouding van de beoogd curator tot de schuldenaar tot uitdrukking, namelijk dat tussen hen sprake is van een harmonieuze omgang. (...) De beoogd curator is, zoals eerder is opgemerkt, echter geen toezichthouder. Hij kan de schuldenaar dus niet dwingen om bepaalde handelingen wel of niet te verrichten. De vraag zou kunnen rijzen of het vereiste dat de beoogd curator slechts met instemming van de schuldenaar kan handelen de bewegingsruimte van de*

22. Onderzoek van BDO spreekt van 10-30% hogere opbrengst. <http://www.consultancy.nl/nieuws/8848/bdo-stille-bewindvoering-leidt-tot-hogere-waardecreeatie>.

Hier noem ik ook de zeer lezenswaardige afstudeerscriptie van Lieke Knaapen uit april 2015 (RU Utrecht) in samenspraak met PwC *Stille bewindvoering – een analyse van de praktijk, het Voorontwerp en de literatuur*.

23. Omdat het verslag van de beoogd curator dan nimmer openbaar wordt.

24. Onder meer kritisch besproken door prof. mr. F.M.J. Verstijlen in *Reorganisatie van ondernemingen en pre-pack, Preadvies van de Vereniging ‘Handelsrecht’ 2014*.

25. *VO-MvT* p. 4 en 5.

26. *VO-MvT* p. 21 en 22.

*beoogd curator niet al te zeer beperkt. Dat is niet het geval. Mocht de schuldenaar de verklaringen van de curator in de wind slaan, dan zal de beoogd curator de rechtbank verzoeken hem van zijn taak te ontheffen. (...) De beoogd curator zou daar goede redenen voor hebben, want in dat geval zal aan een essentiële voorwaarde voor het “wetslagen van de aanwijzing” – t.w. een harmonieuze omgang tussen de schuldenaar en de beoogd curator – geen sprake (meer) zijn. (...) Indien de beoogd curator van mening is dat hem niet de benodigde informatie wordt verschaft, kan hij de rechtbank vragen hem van zijn taak te ontheffen.<sup>27</sup>*

Waar deze kijk op de verstandhouding van een beoogd curator met de toekomstige failliet vandaan is gekomen, is mij nooit duidelijk geworden. Een redelijke verklaring daarvoor is in ieder geval niet gegeven en is ook niet te geven. Hoewel (het met dit ontwerp-artikel 364 enigszins overeenkomende) artikel 73 Fw<sup>28</sup> naar de letter van de wet de curator niet de mogelijkheid biedt op eigen initiatief ontslag te nemen,<sup>29</sup> wordt zulks reeds lang<sup>30</sup> vanzelfsprekend geacht. De weinige jurisprudentie die ziet op een *verzoek van de gefailleerde* om de curator of de (WSNP-)bewindvoerder te ontslaan, stelt buiten twijfel dat een moeizame relatie tussen hen *niet* als een argument voor een dergelijk ontslag geldt. Ik vond zes gepubliceerde rechtbank-uitspraken en een conclusie van A.G. Timmerman. Die laatste stelt:<sup>31</sup> *“De eis van het bestaan van een zekere vertrouwensrelatie tussen curator en failliet vindt geen steun in het recht.”*

Rb. Groningen 18 juli 2000, *ECLI:NL:RBGRO:2000:AF0390*. De schuldenaar verzocht de (WSNP-)bewindvoerder te ontslaan omdat deze tegen hem aangifte had gedaan wegens lokaalvredebreuk op het kantoor van de bewindvoerder.

*‘Ook het feit dat (de bewindvoerder) mogelijk als getuige optreedt in een strafzaak tegen de schuldenaar is geen omstandigheid die noopt tot zijn ontslag. Noch in wettelijke schuldsaneringen noch in faillissementen is het zo dat de bewindvoerder dan wel curator onvoorwaardelijk aan de kant van de schuldenaar dient te staan.’*

---

27. VO-MvT p. 26.

28. Zie recent hierover: Prof. mr. B. Wessels, Het ontslag van de curator. *FIP* 2015, afl. 2, nr. 116.

29. Maar slechts ‘op voordracht van de rechter-commissaris, hetzij op een met redenen omkleed verzoek van een of meer schuldeisers, de commissie uit hun midden, of de gefailleerde’.

30. Zie conclusie P.G. Berger bij Hoge Raad 27 november 1981, *NJ* 1982/68. Zie ook Rb Overijssel 15 januari 2014, *ECLI:NL:RBOVE:2014:158*.

31. Bij Hoge Raad 22 september 2006, *ECLI:NL:HR:2006:AY5700*.



Tuingereedschap – Schoffelen en wieden in de voortuin van het faillissement

Rb. Zwolle 23 december 2001, *ECLI:NL:RBZWO:2001:AK2505*.

*‘Dat verzoeker (over de gang van zaken) ontstemd is mag op zich begrijpelijk zijn gezien het uiteenlopen van zijn visie en die van de bewindvoerder; het vormt echter noch op zich genomen noch in samenhang met het hiervoor genoemde bezwaar aangaande voortvarendheid voldoende grond voor het ontslag van de bewindvoerder.’*

Rb. Den Haag 25 augustus 2005, *JOR* 2005/260.

*‘Daarnaast dient te worden bedacht dat de taak van de curator (...) het inherente risico in zich draagt dat zijn optreden – hoezeer in de lijn van wet en jurisprudentie en hoe correct in de persoonlijke bejegening ook – aanleiding geeft tot een zeker antagonisme tussen hem en de (bestuurder van) failliet. Dit alles betekent dat slechts zwaarwegende omstandigheden (...) aanleiding kunnen geven tot toewijzing van een verzoek als het onderhavige.’*

Rb. Utrecht 31 maart 2011, *ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ1122*.

*‘De rechtbank stelt vast dat de verhoudingen tussen de curator en de gefailleerde zijn verstoord, hetgeen een efficiënte afwikkeling van de boedel in de weg zou kunnen staan. Echter, in dit faillissement zijn de werkzaamheden van de curator voor het overgrote deel afgerond. Dit maakt dat de verhoudingen zoals deze op dit moment zijn, de efficiëntie van de afwikkeling niet in belangrijke mate in de weg staan.’*

Rb. Amsterdam 20 februari 2013, *RI* 2013,82.

*‘Het optreden van spanningen tussen de failliet en de curator in een persoonlijk faillissement is inherent aan de verhoudingen die tussen curator en failliet ontstaan door het faillissement zelf. Wel brengen de praktijkregels voor curatoren en de van de curator verlangde professionaliteit met zich dat de curator ook onder verhitte omstandigheden het hoofd koel dient te houden.’*

Ten slotte Rb. Rotterdam 5 juni 2013, *JOR* 2014/179.

*‘Van belang is dat de curator in zijn taakuitoefening onafhankelijk en neutraal kan optreden en dat ook de schijn van het tegendeel wordt vermeden. Indien de curator voorheen in een andere functie commerciële*

*contacten heeft onderhouden met de statutaire bestuurder en diens zoon (...) dan kan daardoor bij die personen – of bij derden – de gedachte ontstaan dat de curator mogelijk niet volledig objectief en neutraal zal kunnen opereren. Dat geldt temeer als zich binnen de toenmalige contacten bij tijd en wijle conflicten hebben voorgedaan, welke tot hoog oplopende emoties hebben geleid over onderwerpen van financiële aard, zowel privé als zakelijk. (In zo een situatie kan de perceptie) postvatten dat sprake is van een belast gezamenlijk verleden dat aan een objectieve taakuitoefening van de curator jegens hen in de weg staat. Dit is onwenselijk. (...) Op die grond wordt besloten tot ontslag van de curator.’ (toevoeging en onderstrepingen FS)*

Het grote voordeel van een harmonieuze werkrelatie behoeft geen betoog. Het geldt in faillissementen net zoals in het hele leven: maar in het gewone leven is het toch relevanter dan in de relatie tussen curator en failliet. Een curator dient zich te laten *leiden* door de belangen van de gezamenlijke crediteuren, onder omstandigheden door overige maatschappelijke belangen, maar nooit door zijn wens de failliet te behagen of onmin met hem te vermijden. Het belang is er wel, maar het is ondergeschikt. Met name gelet op de spanning die een faillissement voor (de bestuurder van) de failliet kan meebrengen, komen er regelmatig (tijdelijke of langdurige) aanvaringen tussen hen en curatoren voor. Het is ‘part of the job’ en goed gedoseerd kan een dergelijk conflict ook heel goed tot beweging en vooruitgang leiden.

Een goed en bij voorkeur met enige beschaving afgewikkeld conflict kan node-loos lange discussies voorkomen, maar vooral het gebruik van node-loos zware middelen. Neem gijzeling, toch zonder twijfel één van de zwaarste middelen van de curator. Als een failliet niet voldoet aan zijn informatieverplichting is directe inbewaringstelling (nog) uit den boze: daaraan hoort een normaal verzoek, een normale sommatie en eventueel gepaste dreiging met gijzeling vooraf te gaan.

Dergelijke middelen heeft de beoogd curator (natuurlijk) niet. Wanneer gewone overtuigingskracht niet werkt en ook een schriftelijke sommatie wordt genegeerd, past het daarom dat de beoogd curator eerst het conflict zoekt: Si vis pacem, para bellum.<sup>32</sup> De beoogd curator die zijn functie neerlegt voordat hij ten minste de grens van het conflict heeft opgezocht, maakt zich schuldig aan vaandelvlucht. De beoogd curator kan uitstekend functioneren zonder dat sprake is van een ‘harmonieuze omgang’. Zou men dit uitgangspunt verlaten,

---

32. Latijns spreekwoord: "Als je vrede wilt, bereid je voor op oorlog". Eén van de bekendste Luger pistolen is het model "Parabellum". Het zou mooi zijn als de fabrikant vrede beoogt. Zeker is dat niet.

dan zou de ‘beoogde failliet’ beschikken over een onverwacht en ongerechtvaardigd instrument. Hij zou, door ruzie te *zoeken*, zijn toekomstige curator van zich af kunnen schudden; maar ook zou hij die onafhankelijke persoon kunnen forceren meegaander te zijn dan vanuit zijn taak wenselijk is.

De gedachte is<sup>33</sup> inmiddels gelukkig verlaten. Het blijft gissen of de breed ervaren en hopelijk tijdelijke terugloop in populariteit van de stille bewindvoering in 2014 alleen door Estro, Heiploeg of Schoenenreus is veroorzaakt, of ook door deze onwerkbare gedachte over de rol van de beoogd curator in VO-WCO I.

Samenvattend beschikte de beoogd curator op grond van VO-WCO I over zeer ruime bevoegdheden voor het afgeven van verklaring, maar werd zijn beoogde optreden meer dan noodzakelijk beperkt tot een harmonieuze verstandhouding met de schuldenaar. Per saldo werd de beoogd curator uit het VO daardoor te veel een fly-on-the-wall en al met al een nogal kleurloze figuur.

#### 4. Wetsvoorstel WCO I

Inmiddels heeft het wetsvoorstel WCO I het daglicht gezien<sup>34</sup> (hierna ‘WCO I’ respectievelijk ‘MvT-WCO I’) en zijn daarop al weer de nodige commentaren verschenen.<sup>35</sup> Hoewel duidelijk is dat de Minister van Veiligheid en Justitie diende te laveren tussen de Scylla van de behoefte aan de prepack en de Charybdis van de maatschappelijke reuring na Heiploeg en Estro, en het wetsvoorstel daarom met soms wat zalvende bewoordingen is toegelicht, is de kerngedachte van een in stilte voorbereide doorstart overeind gebleven. En dat is winst.

Nu de eerder gehanteerde term ‘stil bewindvoerder’ gesneuveld is, is voor de hand liggend dat ook de term ‘stille bewindvoering’ is gesneuveld. De MvT-WCO I schippert wat onhandig door (steeds cursief en tussen aanhalingstekens) te spreken van de ‘*stille voorbereidingsfase*’. Misschien is ABC voor de hand liggender: de Aanwijzing van de Beoogd Curator. De aanwijzing immers is het formele kader van de WCO I, waaraan het optreden van de beoogde curator is opgehangen. Werd in de oude en (nog) huidige prepack-praktijk geworsteld met de juridische band die wel of niet ontstond tussen schuldenaar en stil bewindvoerder,<sup>36</sup> na invoering van WCO I vindt een aanwijzing plaats bij

33. Zoals we hierna nog zullen zien.

34. [www.tweedekamer.nl/kamerstukken/wetsvoorstellen/detail?id:2015Z10491&dossier:34218](http://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/wetsvoorstellen/detail?id:2015Z10491&dossier:34218).

35. Zie met name het themanummer van het *Tijdschrift voor Insolventierecht* van juli 2015.

36. Vaak wordt gedacht aan de figuur van "opdracht", maar anderen spreken van een eigensoortige verbintenis.

een beschikking en het is die aanwijzing die weer kan worden ingetrokken of die eindigt door tijdsverloop of een opvolgende faillietverklaring.

Gedurende de aanwijzing staat de beoogd curator een aantal middelen ter beschikking en één middel staat hem ten dienste in geval van een opvolgend faillissement. Hierna zal ik de vier gereedschappen bespreken. De eerste twee zijn al bekend, maar in een nieuw model uitgevoerd. Daarnaast is een uitgebreidere mogelijkheid opgenomen om voorwaarden te verbinden aan de aanwijzing en is artikel 2:248 BW is ingezet als wapen voor het bestrijden van misbruik van de aanwijzing. Artikel III van het wetsvoorstel legt ook een koppeling naar het wetsvoorstel tot het invoeren van een civielrechtelijk bestuursverbod. Gelet op de grote en algemene kritiek uit wetenschappelijke kringen op dit (desondanks door de Tweede Kamer aangenomen) wetsvoorstel heb ik ervoor gekozen dit aspect verder onbesproken te laten.

#### 4.1 *De verklaring*

De verklaring is op basis van kritiek op het VO nagenoeg uit WCO I verdwenen, maar in de MvT-WCO I probeert de Minister daar wel zoveel ruimte voor te laten, dat er in de toekomstige praktijk toch gebruik van zal kunnen worden gemaakt. En dat is wenselijk en terecht.

In de consultatiefase was vanuit diverse hoeken kritiek gekomen op de ruime mogelijkheid<sup>37</sup> verklaringen af te leggen. Die ruimte leek zich namelijk moeilijk te verhouden tot de in het VO beoogde terughoudende en observerende rol van de beoogd curator. Door het risico dat onvoldoende of onjuiste informatie werd ontvangen zou, zo vervolgde die kritiek, van een beoogd curator moeilijk een *duidelijke* verklaring verlangd kunnen worden.<sup>38</sup> Naar aanleiding daarvan is artikel 365, lid 2 VO niet overgenomen in WCO I. Voor de stellige, concrete, ‘deal-certainty’ biedende verklaringen ontbreekt nu derhalve in WCO I een rechtstreeks wettelijk handvat.

Maar de MvT worstelt merkbaar met de hierdoor ontstane leegte. Bij de bespreking van de vereiste ‘*meerwaarde*’ acht de Minister:

*‘als een andere dan de aanvankelijk (...) door de schuldenaar aangedragen uitkomst van de voorbereiding beter is voor de schuldeisers (...) het zelfs*

---

37. Zie hiervoor sub 3.1.

38. MvT-WCO I p. 56.

Tuingereedschap – Schoffelen en wieden in de voortuin van het faillissement

*zijn (de beoogd curator – toev. FS) taak (...) om erop toe te zien dat het voorbereidingstraject hierop wordt bijgesteld.*<sup>39</sup>

Maar bij de taakomschrijving begint het al te schuren:

*‘(De beoogd curator – toev. FS) heeft bijvoorbeeld niet tot taak om alle transacties of andere handelingen die de schuldenaar wil verrichten te beoordelen en te accorderen. Wel is het de bedoeling dat de beoogd curator (...) kritisch meekijkt met het voorbereidingstraject en de schuldenaar erop aanspreekt wanneer dit traject een wending lijkt te nemen waardoor de belangen die hij behartigt in het gedrang lijken te komen. Blijkt vervolgens dat de schuldenaar het voorbereidingstraject niet bijstuurt, dan wordt van de beoogd curator verwacht dat hij handelt, dat wil zeggen dat hij de hem ter beschikking staande (en hierna genoemde) middelen gebruikt. Dit past bij zijn taak.*<sup>40</sup>

*Indien hem dit gevraagd wordt door de schuldenaar, kan de beoogd curator ook een iets actievere rol spelen in het voorbereidingstraject.*<sup>41</sup> (...)

*In zijn rol als curator in het faillissement zal de voormalig beoogd curator moeten beslissen of uitvoering kan worden gegeven aan hetgeen dat voor de faillietverklaring is voorbereid.*<sup>42</sup>

Bij de bespreking van de diverse artikelen loopt het mijns inziens echt vast:

*‘Dit roept de vraag op hoe de schuldenaar nu de door hem gewenste zekerheid zal kunnen verkrijgen. (Het is de bedoeling dat – toev. FS) de beoogd curator met een kritische blik meekijkt en (...) de schuldenaar aanspreekt wanneer hij transacties of handelingen wil gaan verrichten die niet in het belang zijn van de gezamenlijke schuldeisers, opdat de schuldenaar zelf zijn voorbereidingstraject bijstuurt. De schuldenaar zou hieruit kunnen opmaken dat hij “op de goede weg” is wanneer de beoogd curator geen bijsturende opmerkingen maakt. Maakt de beoogde curator wel dergelijke opmerkingen, dan weet de schuldenaar dat hij er goed aan doet zijn voorbereidingstraject hierop aan te passen.*<sup>43</sup>

---

39. MvT-WCO I p. 14.

40. MvT-WCO I p. 18-19.

41. MvT-WCO I p. 20.

42. MvT-WCO I p. 23.

43. MvT-WCO I p. 57.

Dit is natuurlijk vlees noch vis. Mij doet het enigszins denken aan het ‘Don’t ask, don’t tell’ beleid dat het Amerikaanse leger in de periode van 1993 tot 2010 hanteerde ten opzichte van homoseksuele soldaten en officieren binnen haar gelederen.<sup>44</sup> Een niet bij ons tijdperk van transparantie horende omfloertheid die alleen maar tot frustratie en verknipte resultaten kan leiden.<sup>45</sup>

En het is ook onnodig. WCO I schrapt de uitgebreide mogelijkheid tot het afleggen van verklaringen uit het VO omdat er kritiek is gekomen op de mismatch die ontstond met de fly-on-the-wall-positie van de beoogd curator en de onzekerheid over de aan hem verschaft informatie. Maar juist *die* elementen zijn aanzienlijk versterkt in WCO I. De beoogd curator wordt een ‘spin in het web’<sup>46</sup> en hem wordt een stevig (hierna nog kritisch te bespreken) middel verschaft om adequate informatieverschaffing te garanderen. Nu die bezwaren tegen het VO zijn weggenomen, is er dus juist volop plaats voor een bepaling als was opgenomen in artikel 365, lid 2 VO.

Overigens zou daarbij met een veel minder gedetailleerde bepaling kunnen worden volstaan, door toevoeging aan artikel 364 WCO I van een bepaling als de volgende:

*‘De beoogd curator of de beoogde bewindvoerder kan onder meer verklaringen afleggen ter zake (rechts-)handelingen die de schuldenaar voornemens is te verrichten of ter voorbereiding van transacties op grond van artikel 101, een en ander steeds onder het voorbehoud van de juistheid en volledigheid van de inlichtingen als bedoeld in artikel 364, lid 3.’*

#### 4.2 Het intrekingsverzoek

De bizarre gedachten uit het VO over de noodzaak tot harmonieuze verhoudingen zijn in WCO I gelukkig verlaten. In de MvT wordt erkend dat de beoogd curator en de schuldenaar in de stille voorbereidingsfase een zekere afhankelijkheid hebben waar vooral de schuldenaar (die zelf om de aanwijzing gevraagd heeft) prudent mee dient om te gaan.

44. <https://www.govtrack.us/congress/bills/111/S4023/text>.

45. Een vergelijkbaar zorgelijke neiging tot halfslachtigheid is terug te vinden in het voorontwerp WCO II. In artikel 371 lid 1 is geregeld dat de rechter-commissaris ‘uitlatingen’ kan doen, op het vrijblijvend karakter waarvan voorzienbare kritiek is geuit. Zie onder meer prof. mr. M.L. Lennarts, *De WCO II: solide basis voor herstructureren of voer van litigation?* in *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015*, p. 277.

46. M.R. van Zanten, *De beoogd curator, uitgegroeid van fly on the wall tot spin in het web*, *TvI* 2015/35.

*‘Onthoudt de schuldenaar de beoogd curator tijdens de stille voorbereidingsfase belangrijke informatie of staat hij niet toe dat de beoogd curator in die fase praat met derden (...) dan loopt de schuldenaar het risico (...) a) dat de beoogd curator vanwege het feit dat hij belemmerd wordt in zijn taakuitoefening, de rechtbank zal verzoeken om ontheffing van zijn aanstelling als beoogd curator; waarmee de “stille voorbereidingsfase” ten einde komt. (...) Wanneer de beoogd curator de rechtbank in de onder a beschreven situatie vraagt om te worden ontheven van zijn aanstelling, betekent dit overigens niet dat hij, wanneer er enige tijd later een faillietverklaring wordt uitgesproken, niet meer kan worden aangesteld als curator in het faillissement. Integendeel, de kennis en ervaring (...) kunnen hem juist zeer geschikt maken als curator in het faillissement. Door niet mee te werken (...) schiet de schuldenaar zichzelf dus in de voet. Het feit dat de beoogd curator in de regel curator wordt in het faillissement en in dat kader dus degene is die bepaalt of uitvoering gegeven gaat worden aan hetgeen voor de faillietverklaring is voorbereid, brengt – tezamen met de mogelijkheid de rechtbank te vragen om ontheffing van zijn aanstelling als beoogd curator – mee dat het niet zozeer de beoogd curator is die afhankelijk is van de schuldenaar, maar dat het uiteindelijk de schuldenaar is die afhankelijk is van de beoogd curator.’*

Ik vind dit zeer toe te juichen;<sup>47</sup> het zijn regels die overeenstemmen met de reële machtsverhoudingen en daarmee goed toepasbaar zullen blijken.

Het is dus evenzeer winst te noemen dat de beoogd curator een formele route wordt geboden voor het beëindigen van de aanwijzing. Artikel 366 WCO I bepaalt dat de beoogd rechter-commissaris, beoogd curator, de schuldenaar of een of meer schuldeisers<sup>48</sup> kunnen verlangen respectievelijk verzoeken<sup>49</sup> om de aanwijzing in te trekken. Een dergelijke intrekking leidt weliswaar niet

---

47. En betoogde het dan ook al eerder in mijn bijdrage in de consultatiefase en in ‘Hoe stil is de stille bewindvoerder nu eigenlijk?’, *FIP* 2013/8.

48. Op deze opvallende invloed van de schuldeisers, die grotendeels in het ongewisse zouden moeten verkeren over de aanwijzing van een beoogd curator, ga ik hier verder niet te diep in. Ik ondersteun het voorstel zeker en zie zelfs geen bezwaar tegen de mogelijkheid dat het een *crediteur* is die het verzoek indient tot aanwijzing van een beoogd curator bij zijn schuldenaar. WCO I artikel 363 biedt die mogelijkheid niet en in de consultatiefase is die gedachte breed onderschreven. Helemaal vreemd is het echter niet. De mogelijkheid blijft enigszins open via de mogelijkheid een faillissementsverzoek in te dienen en tegelijkertijd om benoeming van een deskundige te vragen (zie hiervoor de eerste vier uitspraken als aangehaald in noot 9). Het past ook in de lijn die in WCO II een schuldeiser toestaat een akkoord aan te bieden (artikel 368 VO WCO II).

49. Ook op dit interessante onderscheid tussen ‘verlangen’ en ‘verzoeken’ ga ik hier niet dieper in: het onderschrijft mijns inziens de sterkere positie van de beoogde curator.

automatisch tot faillietverklaring, maar zal de schuldenaar om voor de hand liggende redenen weinig andere keus laten.

In WCO I is daarmee een beter afgewogen geheel van checks and balances<sup>50</sup> gecreëerd: de beoogd curator heeft een grotere invloed op verloop en beëindiging van de aanwijzing en de onafhankelijke rechter heeft daarin het laatste woord.

#### 4.3 *De bijzondere voorwaarden van artikel 363, lid 4 WCO I*

Zoals ik hiervoor in de inleiding van dit Hoofdstuk 4 al vilein suggereerde, kan ik mij niet onttrekken aan de indruk dat de Minister in WCO I en de MvT zich, waar het de werknemersbelangen betreft, in nogal zalvende bewoordingen heeft uitgedrukt om de na Estro ruw verstoorde balans weer in evenwicht te brengen. Dat valt met name ook op bij artikel 363, leden 1 en 4 WCO I, waarin aan werknemers, ondernemingsraad en vakbond een grotere rol wordt toegedicht dan in de praktijk van de gemiddelde herstructurering haalbaar zal zijn. Ik verwacht en hoop echter dat artikel 363, lid 4 WCO I wel het artikel zal zijn dat met de nodige creativiteit gebruikt gaat worden om nieuwe ontwikkelingen mogelijk te maken en om in de toekomst blijken praktijkbehoefes aan op te hangen. In zoverre doet het me denken aan het hierna<sup>51</sup> nog te bespreken artikel 225 Fw in surseance.

Laten we in de eerste plaats vaststellen dat de bepaling zonneklaar een brede strekking heeft. De rechtbank kan immers zowel aan de aanwijzing, aan de verlenging daarvan als tussentijds ‘voorwaarden verbinden’. Dat kan op voordracht van de beoogde rechter-commissaris, op verlangen van de beoogd curator, of op een met redenen omkleed verzoek<sup>52</sup> van de schuldenaar of een of meer schuldeisers.<sup>53</sup> En dat kan ter verwezenlijking van het beoogde doel, ter versterking van de positie van de beoogde curator of ter behartiging van de belangen van de werknemers. Het eerste (verwezenlijking doel) betekent dat nagenoeg elke voorwaarde, mits goed gemotiveerd, verzocht en gesteld kan worden.

In het kader van deze bundel besteed ik vooral enige aandacht aan de voorwaarden ter versterking van de positie van de beoogd curator. Zowel ten opzichte van de schuldenaar als bijvoorbeeld ten opzichte van een betrokken

---

50. Zeker indien de termijn in art. 14a van 3 maanden wordt opgerekt tot een jaar.

51. Hoofdstuk 5.1

52. Ik zou menen dat ook de beoogd curator zijn ‘verlangen’ met redenen moet omkleden.

53. Zie hiervoor sub noot 43.



financier kan daaraan behoefte bestaan.<sup>54</sup> De MvT-WCO I maakt duidelijk dat het om een breed palet aan mogelijkheden kan gaan, nu zelfs voorwaarden die zien op de gang van zaken na afloop van de aanwijzing daaronder kunnen vallen.<sup>55</sup> Mijns inziens betekent ‘op verlangen van de beoogd curator’ dat ten aanzien van diens verzoek geen hoor en wederhoor behoeft te worden toegepast.

Daarmee zou ik deze bepaling in de door mij behandelde atypische stille bewindvoering van Zinvest Holding BV hebben toegepast. Die bewindvoering begon omdat de schuldenaar, in het besef van een naderend faillissement, wilde onderhandelen over een potentiële activa-transactie met een niet gelieerde partij X. Gaandeweg bedacht de schuldenaar dat zij misschien liever een deal wilde sluiten met concernmaatschappij M en daarom staakte zij de besprekingen met X. Het was echter duidelijk dat die bereid was een beter bod te doen, waarvan de contouren in de stille bewindvoering namelijk al waren verkend. De gang van zaken dreigde te leiden tot het weglomen van X waarna M spekkoper zou worden. Ik heb toen met de beoogde rechter-commissaris overlegd en besloten om, *zonder enig medeweten* van de schuldenaar, het gesprek met X aan te gaan en die te verzoeken een schriftelijke bieding uit te brengen aan de schuldenaar met een beperkte geldigheidsduur. Na ontvangst van die bieding heb ik de schuldenaar en M erop gewezen dat als binnen die geldigheidsduur door M geen beter bod zou worden uitgebracht, het bestuur van de schuldenaar dan de consequenties zou moeten dragen van het ongebruikt verstrijken van de bieding van X. Dit handelen buiten medeweten van de schuldenaar voelde natuurlijk niet comfortabel, maar was wel in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Met een 363 lid 4-beschikking zou ik me aanzienlijk comfortabeler hebben gevoeld. Die voorwaarde had dan kunnen zijn dat de schuldenaar gehouden was het gesprek met X aan te gaan.

Sowieso denk ik dat deze bepaling veel nut zal blijken te hebben ter opheffing van het gebrek aan transparantie in de periode van de aanwijzing. Het zoeken naar alternatieve doorstartkandidaten<sup>56</sup> het inschakelen van corporate finance adviseurs<sup>57</sup> en andere deskundigen<sup>58</sup> kan hierdoor worden mogelijk gemaakt. Maar ik kan me ook creatievere voorwaarden voorstellen, zoals een voorwaarde te stellen aan een concernmaatschappij om bijvoorbeeld een pand te verhuren,

---

54. Ook hier geldt dat het “dreigen” met een 363 lid 4-verzoek wellicht al genoeg zal zijn.

55. Stalking-horse-bepalingen worden eronder mogelijk volgens MvT-WCO I p. 15-16. Dat zijn contractuele bepalingen die worden opgenomen in de doorstart-overeenkomst om gedurende een korte periode nadien hogere biedingen van derden mogelijk te maken.

56. MvT-WCO I p. 19.

57. MvT-WCO I p. 23.

58. MvT-WCO I p. 30.

een licentie op knowhow te verschaffen of dergelijke voor de onderneming van de (te failleren) schuldenaar relevante issues.

#### 4.4 *Uitbreiding artikel 2:248, lid 1*

Veel minder enthousiasme valt op te brengen voor Artikel II van WCO I. Daarin wordt voorgesteld artikel 2:248, lid 1 BW uit te breiden met de volgende volzin:

*‘Indien sprake is geweest van een aanwijzing van een beoogd curator als bedoeld in artikel 363 Fw, en tijdens de periode dat die aanwijzing duurde of in het faillissement dat daarop is gevolgd, blijkt dat de bestuurder bij zijn verzoek om die aanwijzing onjuiste informatie heeft verschaft over de meerwaarde van de voorbereiding van het faillissement met het oogmerk het voorbereidingstraject op oneigenlijke gronden te gebruiken, heeft hij zijn taak onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.’*

Het valt moeilijk om alle bezwaren tegen deze enerzijds tandeloze maar anderzijds draconische bepaling binnen de beperkte omvang van dit artikel aan te stippen, want het zijn er vele.

a. In de eerste plaats dan toch het *draconische*. De Minister wilde de tegenstanders van het nut van de prepack kennelijk overtuigen dat het hem menens is bij de bestrijding van misbruik. Van alle bestuurdersaansprakelijkheidsbepalingen is die van artikel 2:248 BW wel de allerzwaarste. Het verband tussen aansprakelijkheid en schade wordt immers losgelaten: de bestuurder in kwestie wordt aansprakelijk voor het tekort in de boedel. Een dergelijke aanpak wordt bij geen enkele andere informatiebepaling toegepast: waarom zou artikel 106 Fw “slechts” bedreigd worden met gijzeling en gebrekkige informatie ter zake de prepack met het boedeltekort? En was de bedoeling nu juist niet dat bestuurders niet bang zijn voor een aankomend faillissement, maar realistisch omspringen met de gegeven omstandigheden en proactief bezig zijn met de schuldenproblematiek en de onderneming na een naderend faillissement? Deze bepaling ondermijnt de aantrekkingskracht van de aanwijzing.

b. Het is mijns inziens ook *overbodig*. De informatie die de bestuurder conform het terecht voorgestelde artikel 364, lid 3 Fw behoort te geven is *‘gevraagd en ongevraagd (...) alle inlichtingen die de beoogd curator nodig heeft in de uitoefening van zijn rol of waarvan de schuldenaar weet of behoort te begrijpen*

*dat deze in dat kader van belang zijn.*<sup>59</sup> Op dat artikel hoeft geen bijzondere sanctie te worden gesteld, omdat schending daarvan een onrechtmatige daad is. Er is geen goede reden te bedenken waarom het arrest Ontvanger/Wesselman<sup>60</sup> niet één-op-één van toepassing is op de bestuurder die handelt in strijd met artikel 364, lid 3 Fw. Er is zonder twijfel sprake van de in dat arrest bedoelde extra bijzondere zorgplicht van de bestuurder jegens de vennootschap en de bij haar betrokken stakeholders.<sup>61</sup> Dat kan bij schending leiden tot een procedure tegen de bestuurder en tot veroordeling van hem tot vergoeding van de schade. Dat zou bedreigend genoeg moeten zijn.<sup>62</sup>

c. Tegelijkertijd is de bepaling een *tandeloze tijger*. Wie de 29 woorden van ‘bij zijn verzoek ... t/m ... te gebruiken’ nog eens rustig herkaut, leest dat daarin zoveel beperkingen zijn opgenomen dat de verdediging tegen een dergelijke aansprakelijkstelling *lawyer's paradise* moet zijn. Als de bepaling enige zin wil hebben, zullen van die 29 woorden slechts de 4 ‘onjuiste informatie heeft verschaft’ moeten blijven staan. Maar dan geldt vanzelfsprekend nog meer mijn bezwaar tegen het draconische aspect. Schrappen dus maar!

#### 4.5 Conclusie

Samenvattend constateer ik dat WCO I een prima wetsvoorstel is dat niettemin bijgeschaafd moet worden om echt effectief te zijn. De beoogd curator moet wel de mogelijkheid krijgen verklaringen af te leggen, zij het slechts onder het voorbehoud van de juistheid en volledigheid van de hem gegeven informatie. De mogelijkheid tot intrekking en het verzoeken om bijzondere voorwaarden zijn beide een verrijking. De uitbreiding van 2:248, lid 1 BW kan gemist worden.

### 5. Surseance van betaling

De huidige wetgeving (met name ook in combinatie met de bepalingen omtrent de overgang van een onderneming uit het arbeidsrecht) maken de surseance van betaling minder geschikt als pre-insolventieprocedure. Eigenlijk leent die zich vooral voor een situatie waarin een of enkele grote schulden een molensteen

---

59. Het lijkt een formulering die zo de tweede helft van artikel 105, lid 1 F - na ‘en deze’ - zou kunnen vervangen en dan van toepassing zou kunnen worden verklaard bij faillissement, surseance en tijdens de aanwijzing.

60. Hoge Raad 11 februari 2011, *JOR* 2011/114 m.nt. W. van Andel.

61. Zie ook mijn bijdrage aan *Insolad Jaarboek 2011* over dit arrest ‘A Corporate Cloak, De bijzondere zorgplicht van de bestuurder ná faillissement’.

62. En misschien dat vermaledijde civielrechtelijk bestuursverbod, dat ik om de hiervoor sub 4 uiteen gezette reden toch niet bespreek.

voor de schuldenaar vormen en een dwangakkoord nodig is om een of meer dwarsliggende crediteuren af te schudden. Of de wijzigingen in de WWZ (geen transitievergoeding in geval van surseance) hier wijziging in brengen is nog onzeker.

De schuldenaar heeft tijdens de surseance de medewerking, machtiging of bijstand nodig van de bewindvoerder voor het verrichten van daden van beheer of beschikking.<sup>63</sup> Afgezet tegen het theoretische primaat van de schuldenaar gedurende de stille bewindvoering en aanwijzing tot beoogd curator, is de bewindvoerder in surseance derhalve bekleed met een autoriteit die maakt dat de schuldenaar nooit zonder hem kan. Omgekeerd, ten opzichte van het faillissement, mag niet onderschat worden dat de bewindvoerder de schuldenaar daadwerkelijk bij zijn stappen dient te betrekken, daar deze volgens 228 Fw wel ‘the lead’ heeft. Ik verklap niet veel als ik stel dat die omschrijving desalniettemin niet aansluit bij de perceptie die de gemiddelde bewindvoerder heeft bij zijn verstandhouding met de schuldenaar: die bewindvoerder heeft het gevoel toch de belangrijkste vinger in de pap te hebben. Dat vindt zijn oorzaak vooral in art. 242 Fw dat hierna besproken zal worden. Eerst wil ik echter stil staan bij een betrekkelijk weinig toegepaste bepaling, die mijns inziens meer aandacht verdient.

### 5.1 Artikel 225

Voor zover in het kader van deze bundel over de gereedschapskist van belang, kan de rechtbank gedurende de surseance op verzoek van de bewindvoerder ‘bepalingen maken, als zij ter beveiliging van de belangen der schuldeisers dat nodig oordeelt’. Ik ga binnen dat kader daarom niet in op de beschikkingen waar deze bepaling het meest voor is toegepast, namelijk voor de benoeming van een rechter-commissaris vóórdat artikel 223a Fw werd ingevoerd,<sup>64</sup> voor het instellen van een crediteurencommissie<sup>65</sup> en voor het treffen van bijzondere maatregelen in het kader van een akkoord.<sup>66</sup>

Denkbaar is echter dat de bewindvoerder aanloopt tegen een situatie die zich moeilijk laat ‘handlen’ zonder bijzondere maatregel. Een inspirerend voorbeeld

---

63. Art. 228 Fw.

64. Rb Amsterdam 4 november 1966, *NJ* 1966/445 (Teixeira de Mattos).

65. Eveneens Rb Amsterdam 4 november 1966, *NJ* 1966/445 (Teixeira de Mattos). Zie ook Rb Amsterdam 25 maart 2003, *JOR* 2003/154.

66. Zie o.m. Rb Amsterdam 21 februari 2002, *JOR* 2003/211 (UPC); Hoge Raad 1 maart 2013, *RvdW* 2013/332; Rb Amsterdam 9 mei 2014, *JOR* 2014/306 en Hoge Raad 28 november 2014, *JOR* 2015/58.

vind ik bijvoorbeeld Rb Den Haag 24 februari 2005.<sup>67</sup> Daarin moest de bewindvoerder samenwerken met twee bestuurders die alsmaar bleven conflicteren, terwijl een enquêteprocedure de betrokkenen nog de nodige tijd zou kosten. Eén van die bestuurders diende een 225 Fw verzoek in, maar dat zou in de casus ook de bewindvoerder hebben kunnen doen. Het verzoek strekte er – als een quasi-verzoek tot (het houden van een enquête en) het gelasten van onmiddellijke voorzieningen – toe de bestuurders en het stemrecht op de aandelen te schorsen en een feitelijk reeds functionerende interim-bestuurder tijdelijk als bestuurder aan te stellen. De rechtbank, met instemming het in voetnoot 66 genoemde UPC-arrest citerend, stelde vast dat *'uit oogpunt van rechtvaardigheid en doelmatigheid een op artikel 225 Fw gebaseerde afwijking kan worden gerechtvaardigd. (...) Veronderstellenderwijs uitgaande van een situatie waarbij een bewindvoerder moet samenwerken met twee bestuurders die (alsmaar) conflicteren, is het heel wel denkbaar dat hangende een beslissing ter zake door de Ondernemingskamer, door de rechtbank ex artikel 225 Fw een tijdelijke voorziening wordt getroffen.'*<sup>68</sup> Ook putte ik inspiratie uit de 'first day motions' in een chapter 11 procedure, waardoor het bijvoorbeeld mogelijk is om reeds bestaande verplichtingen betreffende het nakomen van garanties ten gunste van afnemers te kunnen blijven nakomen.

Ik gebruikte de bepaling zelf voor het eerst in de surseance van een telecombedrijf dat 'telefoontikken inkocht' bij provider X en uit dien hoofde een grote, maar grotendeels betwiste, schuld had opgebouwd. Deze schuld, maar meer nog het geschil daarover, vormde een molensteen voor de onderneming. Men zocht en vond een nieuwe provider Y die bereid was langjarige voordelige afspraken te maken. De overstap werd gemaakt en aanstonds werd surseance gevraagd om schuldeiser X van het lijf te houden. Y vroeg op de voet van 236 Fw of schuldenaar en bewindvoerder bereid waren tot nakoming en, na het bevestigend antwoord, om zekerheid zowel voor nieuwe schulden als de nog openstaande posten. Die kon slechts gegeven worden door een pandrecht te verschaffen op het (in feite enige) actief, de handelsvorderingen op de klanten van sursiet. Omdat dit pandrecht natuurlijk in zou gaan tegen de belangen van X, maar (door de voorzetting) wel in het belang was van X en Y gezamenlijk (naast de overige kleine crediteuren), zocht ik rechterlijke dekking met een verzoek om op grond van artikel 225 Fw te bepalen dat aan Y zekerheid verschaft mocht worden door het vestigen van een pandrecht. Helaas heeft dit verzoek aan de rechtsvorming<sup>69</sup> niet kunnen bijdragen, omdat de rechtbank verzuimde X als belanghebbende op te

67. Rb Den Haag 24 februari 2005, *JOR* 2005/129 (Audilux).

68. Dat het verzoek desondanks vooralsnog werd afgewezen was omdat de rechtbank (met de bewindvoerder) de situatie nog niet ernstig genoeg vond.

69. Rb Roermond 23 december 2003, niet gepubliceerd.

roepen,<sup>70</sup> die nadien eieren (in de vorm van aangeboden akkoordpenningen) voor zijn (betwiste) geld(vordering) koos.<sup>71</sup>

Met Wessels<sup>72</sup> ben ik eens dat de Hoge Raad via artikel 225 *diepgaand* rechterlijk ingrijpen toestaat, zelfs afwijkend van regels van dwingend recht. De grens ligt daar dat het niettemin slechts een ordemaatregel is die uitsluitend gelding heeft tijdens de surseance.

Insolad heeft in een wetsvoorstel dat zij op 13 december 2012 aan de Minister van Justitie zond,<sup>73</sup> voorgesteld artikel 225 Fw te vervangen door twee bepalingen die ruimere bevoegdheden scheppen. Deze voorstellen waren weer geïnspireerd door de artikelen 2.2.10 en 2.13.3 van het Voorontwerp van de Commissie Kortmann. Die Commissie bepleitte beperkte mogelijkheden vanwege de rechtszekerheid. Er zou ‘slechts’ van de Faillissementswet (en dus niet van andere wetten) mogen worden afgeweken. Ik ben uit doelmatigheids-overwegingen geen voorstander van een dergelijke beperking. De rechtszekerheid kan ook worden gediend door adequate rechtsmiddelen op te stellen, in de vorm van een vlotte appelprocedure.

## 5.2 *Het verzoek tot intrekking van de surseance ex artikel 242 Fw*

Oneindig veel vaker dan het 225 Fw-verzoek zal gebruik gemaakt zijn van artikel 242 Fw. De toepassing van dit verzoek, op grond waarvan de rechtbank de surseance intrekt en dan vrijwel steeds ‘*bij dezelfde beschikking de failliet-verklaring van de schuldenaar*’ uitspreekt (lid 4), is namelijk verplicht indien het vooruitzicht dat de schuldenaar op termijn zijn schuldeisers zal kunnen voldoen, niet (langer) bestaat (art. 242, lid 1, aanhef en sub 5° jo lid 2 Fw).<sup>74</sup> In de verstandhouding tussen de schuldenaar en de bewindvoerder kan deze

70. Mijns inziens had X hier, ondanks het rechtsmiddelenverbod bij artikel 225F, wél de mogelijkheid van hoger beroep wegens het schenden van het elementaire rechtsbeginsel van hoor en wederhoor.

71. Licht beneveld door dit succes probeerde ik iets dergelijks nog eens om een volstrekt passieve hypotheekhouder te kunnen dwingen tot medewerking. Het te vér gaande primaire verzoek overschaduwde het subsidiaire verzoek (waar het eigenlijk om ging) zodanig, dat alles werd afgewezen. Het betekende wel dat een doorstart met behoud van werkgelegenheid – waarvoor het met hypotheek bezwaarde fabriekspand cruciaal was – helaas definitief niet doorging. Rb Maastricht 14 maart 2008, *JOR* 2008/142 (Schreurs q.q./Banca Intesa).

72. Prof. B. Wessels, *Wessels Insolventierecht VIII* 2014, 8113.

73. Te vinden op [http://static.basenet.nl/cms/105928/website/voorstellen-wijziging-fw\\_12-2012.pdf](http://static.basenet.nl/cms/105928/website/voorstellen-wijziging-fw_12-2012.pdf).

74. Op grond van deze bepaling worden (schattenderwijs) 9 van de 10 surseances kort na aanvang omgezet: nl. als de bewindvoerder constateert dat er onvoldoende liquiditeit voor de boedelkosten te verwachten valt. Met regelmaat worden overigens surseances uitgesproken →

bepaling daardoor als (druk)middel fungeren. De bewindvoerder kan het bijvoorbeeld gebruiken om aandeelhouders – indien zij daadwerkelijk de behoefte hebben aan surseance – ertoe te brengen een boedelkrediet te verschaffen of te verruimen.

Verrassend genoeg zijn er nagenoeg geen uitspraken te vinden van de in lid 1, aanhef en onder 1<sup>o</sup> tot en met 4<sup>o</sup> bedoelde situaties.<sup>75</sup> In de praktijk, zo vermoed ik, zal het voor de bewindvoerder eenvoudiger zijn zich te ‘verschuilen’ achter de *verplichting* als verbonden aan het criterium sub 5<sup>o</sup>, dan het conflict aan te gaan dat mogelijk speelt bij de situaties van kwade trouw bij het beheer (sub 1<sup>o</sup>), mogelijk paulianeuze transacties (sub 2<sup>o</sup>), handelen in strijd met het beheersverbod (sub 3<sup>o</sup>) of handelen in strijd met een bepaling door de rechtbank gesteld (sub 4<sup>o</sup>). Bovendien wordt het op sub 5<sup>o</sup> gebaseerde verzoek van de bewindvoerder beschouwd als ‘*een mededeling aan de rechtbank*’ waarvoor geen griffierecht verschuldigd is.<sup>76</sup> In Rb Rotterdam 7 juli 2011<sup>77</sup> verzoekt de bewindvoerder op grond van het criterium sub 5<sup>o</sup> omzetting, zij het dat hij dit verzoek toelicht met argumenten die passen bij 1<sup>o</sup> tot en met 4<sup>o</sup>, namelijk dat de bestuurder hem niet van relevante informatie voorziet, zijn instructies<sup>78</sup> niet opvolgt en er slechts bij uitzondering communicatie plaatsvindt. Omdat ter zitting bleek dat dit onroerend goed concern inmiddels beter communiceerde met de grootste schuldeisers en de bewindvoerder werd het verzoek afgewezen.

## 6. Insolad ontwerp voor een nieuwe surseanceregeling

In februari 2015 heeft Insolad een voorstel gelanceerd voor een moderne en effectieve surseanceregeling (hierna af te korten als ‘IO’, resp. ‘Toelichting IO’).<sup>79</sup> Het voorstel heeft aanstonds veel aandacht gekregen,<sup>80</sup> maar is

---

waarvan duidelijk is dat het eigenlijk faillissementen zijn, maar waar bijvoorbeeld tijd of lust ontbrak om de voor faillietverklaring noodzakelijke AvA bijeen te roepen. Een surseanceverzoek heeft normaal gesproken geen voorafgaande instemming van de AvA. Ook dergelijke schijnsurseances worden omgezet via het sub 5<sup>o</sup>-criterium.

75. Ik vind slechts Hoge Raad 24 juli 1934, *NJ* 1934, p. 1705, waarin het overigens niet tot intrekking kwam. Het verzoek van een crediteur daartoe werd afgewezen.

76. Rb Haarlem 6 oktober 1961, *Adv.blad* 1962, p. 75.

77. ECLI:NL:RBROT:2011:BR1996.

78. Waarbij de bewindvoerder kennelijk doelt op art. 242, lid 1, sub 4<sup>o</sup> slot: ‘indien (de schuldenaar) nalaat te doen (...) wat naar het oordeel van de bewindvoerders door hem in het belang des boedels moet worden gedaan.’ Andere regels die een bewindvoerder *instructierecht* geven, ken ik in ieder geval niet. Om het als een apart stuk ‘gereedschap’ van de bewindvoerder te beschouwen, gaat me in ieder geval te ver.

79. Te raadplegen via [www.insolad.nl](http://www.insolad.nl).

80. Ruime en positieve aandacht in het *Financieel Dagblad* op 23/24 februari 2015 dat repte van ‘*een baanbrekend voorstel*’.

inhoudelijk kritisch ontvangen.<sup>81</sup> Het geeft een aantal bijzondere instrumenten aan de bewindvoerder, die deels passen in de reeds besproken reeks, maar dwingt me aan te vangen met het bespreken van een echte noviteit.

#### 6.1 *Geen bewindvoerder (artikel 215, lid 4 IO)*

Misschien wel de meest baanbrekende vernieuwing is de invoering van een Nederlandse variant van de ‘debtor in possession’: een situatie waarin derhalve helemaal geen bewindvoerder wordt benoemd. De gedachte is dat schuldenaren bereid zullen zijn om in een vroeger stadium na te denken over toepassing van een insolventieprocedure indien zij niet (direct) de beschikkingsbevoegdheid verliezen. Het IO biedt daardoor meer zekerheid aan de grootste crediteuren (lees: de financiers) dat de door hen beoogde herstructurering kan worden geëffectueerd.

In het voorstel wordt de afwezigheid van een bewindvoerder gecompenseerd met een (in die situatie) verplichte (voorlopige) schuldeiserscommissie. Het komt mij voor dat met name banken gretig gebruik zouden moeten maken van deze mogelijkheid, omdat hun (feitelijke) invloed op de schuldenaar doorgaans groot zal zijn en zij daardoor veel zekerheid over de uitkomst van het proces kunnen hebben. De rechter en de rechter-commissaris zijn alsdan de enige buitenstaanders die het proces bewaken!

#### 6.2 *De gekozen bewindvoerder (artikel 219, lid 4 IO)*

Een andere mogelijkheid om enige controle over het proces te houden, krijgen crediteuren via de mogelijkheid een bewindvoerder voor te dragen en te kiezen, waartoe tweederde van het bedrag der schuldeisers nodig is.<sup>82</sup> De rechtbank houdt de vinger aan de pols door de mogelijkheid deze benoeming te weigeren indien de gekozen bewindvoerder niet geschikt is.

Deze kleine zijsprongen in 6.1 en 6.2 laten onverlet dat het IO nog steeds een belangrijke rol toedicht aan een bewindvoerder als onafhankelijke toezichthouder.

---

81. *TvI* 2015/26 prof. mr. M.L. Lennarts, Flitsontslag en *FD* 28 februari 2015, F. Grapperhaus.

82. Naar het Duitse model waarin bewindvoerders dan daadwerkelijk verkiezingscampagnes schijnen te voeren.



6.3 *Bevoegdheidsbeperking van de schuldenaar (artikel 215, lid 3 jo. 219, lid 3 en 228 IO)*

Bij het uitspreken van de surseance bepaalt de rechter de omvang van de bevoegdheden van de bewindvoerder en de beperking van de bevoegdheden van de schuldenaar. Met artikel 228 IO zijn we weer op het onderwerp van deze bijdrage gekomen. Hoewel mijns inziens dit artikel weinig zelfstandige betekenis heeft naast artikel 219, lid 3 IO,<sup>83</sup> maakt het duidelijk dat de bewindvoerder ‘te allen tijde’ kan verzoeken de bevoegdheden van de schuldenaar (en indirect dus die van hemzelf) te wijzigen. Tot toepassing van deze bepaling kan aanleiding bestaan in gevallen waarin de schuldenaar onvoldoende rekening houdt met de belangen van schuldeisers of, wanneer het ‘goed gaat’, indien er juist behoefte is aan verruiming.<sup>84</sup> Omdat beperkingen van de beschikkingsbevoegdheid derdenwerking hebben, dient de bevoegdheidsverdeling gepubliceerd te worden op de daartoe bestemde website en, naar ik aanneem, in het Handelsregister.<sup>85</sup> Het IO laat geheel aan de praktijk over welke beperkingen worden bepaald, al ligt de ontwikkeling van modelbepalingen voor de hand.

6.4 *Bezwaar tegen handelingen van de schuldenaar (artikel 231, lid 1 IO)*

Interessant is vervolgens de voorgestelde pendant van artikel 69 Fw. Artikel 231 lid 1 IO bepaalt namelijk dat bij de rechter-commissaris niet alleen bezwaar kan worden gemaakt tegen (verrichte of voorgenomen) handelingen van de bewindvoerder,<sup>86</sup> maar ook dat door ieder der schuldeisers, de schuldeiserscommissie en de bewindvoerder kan worden opgekomen tegen elke handeling van de *schuldenaar*. Belangrijk voordeel ten opzichte van de in de vorige paragraaf besproken rechtsgang is natuurlijk dat dit een snelle ingang biedt en beslissing belooft: de rechter-commissaris beslist, na de schuldenaar en de bewindvoerder te hebben gehoord, binnen drie dagen.<sup>87</sup>

Het valt evenwel te bezien of de bewindvoerder veel gebruik zal maken van deze mogelijkheid. Kennelijk wil de schuldenaar niet naar hem ‘luisteren’. Als

---

83. Van dat artikel, op grond waarvan de rechtbank wijziging kan aanbrengen in de bevoegdheden van de bewindvoerder, valt immers moeilijk aan te nemen dat de rechtbank het ‘slechts’ ambtshalve zou kunnen toepassen. Het vormt dus een communicerend vat met artikel 228 IO.

84. Toelichting IO p. 16.

85. Art. 217 IO en Toelichting IO p. 11.

86. Hetgeen in de huidige surseance merkwaardig genoeg niet mogelijk is.

87. Het hoger beroep wordt (wegens de ‘geringe afstand tot de rechter-commissaris’) niet zoals in 67 Fw gevoerd bij de rechtbank, maar bij het Hof (artikel 231, lid 2 IO en Toelichting IO, p. 17).

zelfs het wijzen op de mogelijkheid van bevoegdheidsinperking van artikel 228 IO<sup>88</sup> niet overtuigend genoeg is, kan men zich afvragen of een bewindvoerder er verstandig aan doet zich jegens de schuldenaar te beperken tot het minder zware middel van de ‘tik op de vinger’ van artikel 231 IO.

6.5 *Bepalingen met het oog op een doelmatig verloop van de surseance (artikel 232 IO)*

Zoals door Insolad al eerder bepleit en voorgesteld<sup>89</sup> bestaat behoefte aan een gemoderniseerde variant van artikel 225 Fw. Artikel 232 IO voorziet daarin door te bepalen dat de rechtbank ter bescherming van de belangen van de schuldeisers en op grond van zwaarwegende redenen bepalingen kan maken met het oog op een doelmatig verloop van de surseance. Zoals hiervoor sub 5.1 al uiteengezet, acht ik het minder gewenst dat deze bepaling ‘slechts’ een afwijking van de Faillissementswet zou kunnen behelzen. Uit doelmatigheids-overwegingen bepleit ik de mogelijkheid dat elke vorm van dwingend recht terzijde moet kunnen worden gesteld indien zulks ‘*ter bescherming van de belangen van de schuldeisers en op grond van zwaarwegende redenen*’ vereist is. In adequate rechtsbescherming is immers in ruime mate voorzien door de beroepsmogelijkheden in artikel 233 IO.

Onder de tekst van het IO zou een ingrijpen als aan de orde gesteld in Rb Den Haag 24 februari 2005<sup>90</sup> immers niet mogelijk zijn. Een vangnetbepaling als de onderhavige zou nu juist dergelijke ingrepen (in de vennootschapsrechtelijke regels, maar bijvoorbeeld ook in contractuele verhoudingen) mogelijk moeten kunnen maken. Rb Maastricht 14 maart 2008<sup>91</sup> kan gevolgd worden met de stelling dat het daar voorgelegde verzoek te ver ging, mede ‘*omdat tegen een beschikking op de voet van art. 225 Fw geen hogere voorziening openstaat*’. Nu het IO daarentegen wél voorziet in een met waarborgen omklede beroeps-procedure zou deze beperking kunnen vervallen en beschikt de Faillissements-wet dan over een eigensoortige, gespecialiseerde spoedvoorziening. Voor mijn overige bemerkingen verwijs ik naar paragraaf 5.1.

---

88. En het hierna in 6.6 nog te bespreken artikel 253, lid 3 IO.

89. In het wetsvoorstel dat Insolad deed op 13 december 2012. Zie hiervoor sub 5.1.

90. Rb Den Haag 24 februari 2005, *JOR* 2005/129 (Audilux). Zie hiervoor sub 5.1.

91. Rb Maastricht 14 maart 2008, *JOR* 2008/142 (Schreurs q.q./Banca Intesa). Zie hiervoor ook in noot 71.

## 6.6 *Beëindiging en omzetting (artikel 253 IO)*

Ten slotte wijs ik op de voorgestelde wijziging van de regels omtrent beëindiging en omzetting van de surseance in faillissement. De grote lijnen daarvan komen overeen met artikel 242 Fw en in zoverre verwijs ik naar het hiervoor sub 5.2 gestelde. De afwijkingen zijn echter interessant. De (zoals aangestipt, nauwelijks gebruikte) bepalingen van artikel 242, lid 1, sub 1<sup>o</sup> en 2<sup>o</sup>, zijn min of meer ongewijzigd overgenomen. Handelen in strijd met de beperkte beschikingsbevoegdheidsregel van artikel 228 Fw (criterium 3<sup>o</sup> derhalve) is vanzelfsprekend uitgebreid door ook te verwijzen naar de hiervoor reeds besproken bepalingen van 215 lid 3, 219 lid 3 en 228 IO, hetgeen allemaal ziet op de bevoegdheidsverdeling tussen bewindvoerder en schuldenaar.

Niet langer echter is het een grond voor omzetting<sup>92</sup> indien de schuldenaar nalaat te doen wat naar het oordeel van de bewindvoerder door hem moet worden gedaan. Deze grond kan *'een onbalans veroorzaken tussen de posities van de bewindvoerders en de schuldenaar'*.<sup>93</sup>

In dit voorstel is heel duidelijk de wijziging in benadering belichaamd die met het IO ook beoogd is. Anders dan in de praktijk tot nu toe, gaat het IO duidelijk uit van een veel evenwichtiger en gelijkwaardige 'machts'verdeling tussen schuldenaar en bewindvoerder. Dat evenwicht moet het voor de schuldenaar (en diens schuldeisers) aantrekkelijker maken om de surseance als herstructureeringsinstrument in een vroeg stadium in stelling te brengen. Alle overige creatieve en innovatieve bepalingen van het IO zouden ook een grote sprong voorwaarts betekenen. Met enige flexibiliteit bij de opstellers<sup>94</sup> en politieke wil bij de belangrijkste stakeholders zou ondernemend Nederland met invoering van het IO zeer geholpen zijn.

## 7. **Samenvatting en conclusie**

'Many things grow in the garden that were never sown there' schreef een Engelse tuinier, vermoedelijk het wieden moe.<sup>95</sup> Dat geldt ook wanneer we in de voortuin van het faillissement rondlopen. In die relatief ongeregelde, vaak wat paniekerige omgeving, zijn mooie dingen ontstaan. De stille bewindvoering enerzijds en het Insolad-voorstel voor de surseance anderzijds zijn ontstaan

92. Anders dan in het huidige artikel 242, lid 1, sub 4<sup>o</sup> slot Fw bepaald.

93. Toelichting IO, p. 25.

94. Met name op het gebied van de ontslagbescherming, waar een handhaving van het voorgestelde artikel 251, lid 1 en 2 IO het politieke doodvonnis van het voorstel betekent.

95. Thomas Fuller in 1732.

Mr. Ph.W. Schreurs

omdat de wetgever lang onvoldoende *sense of urgency* heeft getoond ter zake de behoefte aan goede en efficiënt functionerende herstructureringsinstrumenten in Nederland. Er is een volwassen economische crisis voor nodig geweest om de wetgever uiteindelijk in beweging te krijgen en het eerste wetsvoorstel in de reeks Wetgeving Continuïteit Ondernemingen in 2015 van de persen is gerold.

In deze bijdrage heb ik aandacht besteed aan de middelen die een bewindvoerder ter beschikking staan, op een moment dat nog niet de (eerder in deze bundel besproken) goed gereguleerde faillissementsfase is aangebroken.

In de stille bewindvoering-oude-stijl bleef dat beperkt tot de door de stille bewindvoerder af te leggen ‘verklaring’ en de mogelijkheid tot (dreigen met) terugtrekking. Via een wat ongelukkig voorontwerp is nu in WCO I een basis neergelegd voor een zinvolle pre-insolventie-procedure. De mogelijkheid tot het afleggen van een verklaring zou daarin verdienen te worden uitgebreid, omdat de positie van de beoogd curator daartoe overigens voldoende sterk is gemaakt. Té sterk wellicht: het voorstel om schending van de informatieverplichting door de bestuurder te sanctioneren met artikel 2:248 is overdreven streng en niet nodig.

In de huidige surseance-regels beschikt de bewindvoerder vooral over de mogelijkheid tot omzetting in faillissement, hetgeen effectief kan zijn. Doordat de huidige surseance als zodanig niet voldoet in het kader van sanering van ondernemingen, is het Insolad Ontwerp een zeer welkome aanvulling. Aan de bewindvoerder nieuwe stijl staan enkele (misschien zelfs iets te veel) middelen ter beschikking. Het ontwerp is erin geslaagd een systeem van checks and balances uit te werken waarin meer evenwicht is tussen schuldenaar en bewindvoerder en beiden die balans tijdens de surseance ook kunnen wijzigen of herstellen.