

Bouwen op vertrouwen

Vriesendorp, R.D.

Published in:
Alleen samen

Document version:
Peer reviewed version

Publication date:
2010

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
Vriesendorp, R. D. (2010). Bouwen op vertrouwen: Van tunneldenken en bruggenbouwers, de dingen, die voorbijgaan. In M. A. B. Chao-Duivis, C. E. C. Jansen, & J. B. M. Vranken (Eds.), *Alleen samen: Opstellen aangeboden aan prof. mr. M.A.M.C. van den Berg ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Universiteit van Tilburg* (pp. 287-301). IBR instituut voor bouwrecht.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright, please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Bouwen op vertrouwen: van tunneldenken en bruggenbouwers, de dingen, die voorbijgaan

R.D. Vriesendorp*

1. Inleiding

Wie het heeft over Matton van den Berg, heeft het over bouwen en bouwrecht. Nagenoeg zijn hele leven staat op de een of andere manier in het teken van het bouwen. Niet alleen in fysieke zin overigens, maar ook in overdrachtelijke zin tussen mensen, al heb ik hem nooit op tunneldenken kunnen betrappen. Integendeel, vriendschappelijk en bestuurlijk zoekt hij altijd naar wegen om in het volle daglicht kloven te overbruggen en mensen vrijwillig met elkaar te laten samenwerken. Met al zijn verschillende deelnemers aan een bouwproces is ‘samenwerking’ een kernbegrip in de rechtsbenadering door Matton van den Berg. Samenwerking is echter niet een monopolie van de bouwwereld en het bouwrecht. Op andere terreinen van het recht komt dit element ook goed van pas. Denk bijvoorbeeld aan de financiering van grote ondernemingen waarbij syndicaten van financiers worden gevormd.¹ Hierbij wordt de samenwerking met betrekking tot een aantal belangrijke kwesties min of meer afgedwongen door de syndicaatsvoorwaarden die door de betrokkenen vrijwillig zijn geaccepteerd.²

Hoe anders lijkt dan het insolventierecht waar samenwerking niet het eerste is waaraan men denkt. Hier overheerst een tunneldenken waarbij iedere schuldeiser zoveel mogelijk tracht te ontsnappen aan het keurslijf van de *concursum creditorum*, waartoe men door de wetgever is veroordeeld. Voor zover er in een surseance van betaling, een schuldsaneringsregeling natuurlijke personen of een faillissement al van enige samenwerking gesproken zou kunnen worden, is deze gedwongen: waar de

* Prof. mr R.D. Vriesendorp is hoogleraar Privaatrecht aan de Universiteit van Tilburg (TISCO/Insolventure) en raadsheer-plaatsvervanger in het gerechtshof te Amsterdam.

¹ Al zijn er vele grote infrastructurele werken gefinancierd met behulp van dergelijke syndicaten, zoals bijv. de Kanaaltunnel.

² Zo mag bijvoorbeeld slechts bij meerderheidsbeslissing de uitstaande lening worden opgeëist, kan niet iedere partij zomaar uit- of toetreden etc.

schuldeisers voorafgaand aan die procedure in beginsel³ geheel zelfstandig mogen beslissen hoe zij met hun vordering op de schuldenaar omgaan, wordt dit door het uitspreken van die procedure door de rechter gekanaliseerd via een bewindvoerder of curator. Deze functionaris oefent exclusief de verhaalsrechten van de gezamenlijke schuldeisers uit⁴ maar is van zijn kant nauwelijks tot samenwerking met individuele schuldeisers verplicht. Hij hoeft slechts hun ingediende vorderingen te toetsen en te registreren, maar is niet gehouden om de verplichtingen van de gefailleerde jegens hen na te komen. Mij verder beperkend tot het faillissement, zijn de schuldeisers van hun kant daarentegen verplicht om met de – niet door hen uitgekozen – curator samen te werken.⁵ Willen zij iets bereiken, dan moeten zij met hem zaken doen. Zij hebben echter nauwelijks mogelijkheden om op diens handelen invloed uit te oefenen.⁶ Een groter contrast met de in de bouwwereld en Matton van den Berg ‘ingebakken’ vrijwillige samenwerking is dus nauwelijks denkbaar.

Ofschoon een faillissement op het eerste gezicht meer als afbraak dan als opbouw wordt gezien, is een parallel met bouwen en bouwrecht toch op zijn plaats en komt het tunneldenken in beeld. Denkend aan bijvoorbeeld de Kanaaltunnel, illustreert de historie van dit megaproject de vervlechting van insolventie en bouw: enorme kostenoverschrijdingen en een private financieringsstructuur hebben de afgelopen decennia regelmatig voor (bijna)faillissementen gezorgd.⁷ Het tunneldenken bij Groupe Eurotunnel S.A. en ondergrondse oplossingen in de financieringsstructuur tonen echter niet alleen dat bouwprojecten tot financiële debacles kunnen uitgroeien, maar ook dat een insolventie kan leiden tot een (gedeeltelijke) herrijzenis van de nog levensvatbare activiteiten van de schuldenaar als een feniks uit de as, al dan niet via een doorstart in een nieuwe rechtspersoon. Dan moeten echter wel bruggen worden gebouwd tussen de verschillende conflicterende belangen van de schuldenaar en schuldeisers en andere bij het faillissement betrokken personen. Hiervoor hoeven wij de landsgrenzen overigens niet te passeren:

³ Uitzonderingen kunnen zich voordoen als er sprake is van misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW) of handelen in strijd met redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW).

⁴ Uitzonderd die van de pand- of hypotheekhouder die ex artikel 57 Fw als separatist zijn recht mag uitoefenen “als was er geen faillissement”.

⁵ Dit wordt pas anders waar de schuldeiser zelfstandig tegen een derde (bijv. een bestuurder) wil optreden om zijn individueel geleden schade vergoed te krijgen; zie bijv. HR 21 december 2001, NJ 2005, 95, *Ars Aequi* 2002/11 (Lunderstädt/De Kok c.s.) en HR 21 december 2001, NJ 2005, 96, *Ars Aequi* 2003/2 (SOBI/Hurks c.s.).

⁶ Zij kunnen de r-c benaderen in het kader van artikel 69 Fw of de rechtbank verzoeken de curator te ontslaan (art. 73 Fw).

⁷ Zie hierover bijv. <http://en.wikipedia.org/wiki/Eurotunnel>.

bij nadere bestudering blijken er zelfs in de Nederlandse faillissementsprocedure soms mogelijkheden te bestaan om tot een vrijwillige samenwerking te komen. Dit doet zich voor als de schuldeisers een commissie uit schuldeisers formeren of met de schuldenaar tot een akkoord komen. In hoeverre hierdoor bruggen gebouwd kunnen worden tussen die conflicterende belangen komt in deze bijdrage aan bod aan de hand van de volgende vragen:

- Waarom is samenwerking nodig; wat is het doel daarvan?
- Hoe wordt de samenwerking vormgegeven; waaruit bestaat zij en wie moet wat doen?
- Wat is de prikkel om wel/niet samen te werken; wat zijn met andere woorden de voor- en nadelen daarvan voor de schuldenaar, de curator en de afzonderlijke schuldeisers?
- Wanneer is de samenwerking succesvol?
- Wat kan men doen om vaker tot die samenwerking te komen?

2. De commissie uit de schuldeisers

In de artikelen 74-79 Fw is de 'Commissie uit de schuldeisers' – in de praktijk doorgaans verkort aangeduid als de 'schuldeiserscommissie' – geregeld. Blijkens deze bepalingen zou de schuldeiserscommissie een belangrijk orgaan in het faillissement moeten zijn: enerzijds is de curator verplicht om haar advies in te winnen over een groot aantal belangrijke kwesties.⁸ Anderzijds heeft zij vergaande onderzoeksbevoegdheden.⁹ In de praktijk komt zij echter zelden voor.¹⁰ Hiermee lijkt deze eerste vorm van insolventierechtelijke samenwerking geen succes. Laat ik aan de hand van de hierboven gestelde vragen trachten om dit te verklaren en te onderzoeken in hoeverre dat kan worden veranderd.

Waarom is samenwerking nodig; wat is het doel daarvan?

Blijkens het doel van de wettelijke regeling is de samenwerking van schuldeisers in een schuldeiserscommissie nodig om de curator van advies te dienen¹¹ en hem eventueel van weerwoord

⁸ Artikel 78 Fw.

⁹ Artikel 76 Fw; vgl HR 21 januari 2005, NJ 2005, 250, Ars Aequi 2005/4 (Funds/Curatoren Jomed II).

¹⁰ Precieze cijfers ontbreken, maar in de gepubliceerde rechtspraak zijn schuldeiserscommissies op één hand te tellen (bijv. in het faillissement van LG Philips Displays Holding B.V., HR 30 november 2007, LJN BB7653 en BB9091) en het is mij vanuit de rechterlijke macht (Recofa) en advocatuur (Insolad) bekend dat zij nauwelijks wordt ingesteld en dan meestal alleen in grote faillissementen zoals Fokker, Ceteco, KPNQwest, Jomed, Van der Hoop Bankiers; vgl B. Wessels, Insolventierecht IV, nr. 4273.

¹¹ Artikel 74 Fw; vgl. G.W. van der Feltz, Geschiedenis van de Faillissementswet, Haarlem 1897, deel II, p. 25 e.v., B. Wessels, Insolventierecht IV, nr. 4266 e.v.

te dienen – via tussenkomst van de rechter-commissaris – als hij van haar advies afwijkt.¹² Daarnaast heeft de schuldeiserscommissie tot taak om de schuldeisersvergadering te adviseren over een aangeboden akkoord¹³ en kan zij de curator voor ontslag voordragen.¹⁴ Blijkens de parlementaire geschiedenis is deze commissie in het leven geroepen vanuit de gedachte dat de schuldeisers vaak informatie hebben over de schuldenaar waarmee de curator geholpen kan zijn en kunnen zij de curator vanuit technisch of commercieel opzicht bijstaan.¹⁵ De curator komt immers als bij toverslag door de rechter in beeld en is meestal niet goed bekend met alle ins en outs van het bedrijf van de gefailleerde en de branche waarin het werkzaam is. Een goed functionerende schuldeiserscommissie moet tot waardevermeerdering van de boedel leiden, zodat de schuldeisers een grotere uitkering op hun vorderingen tegemoet zouden moeten kunnen zien.

Hoe wordt de samenwerking vormgegeven; waaruit bestaat zij en wie moet wat doen?

De samenwerking bij een schuldeiserscommissie is tweeledig: enerzijds is er de samenwerking tussen schuldeiserscommissie en curator, anderzijds die tussen de leden van de schuldeiserscommissie onderling, wanneer deze uit twee of drie leden bestaat.¹⁶ Beide vormen van samenwerking hebben een gemeenschappelijk verschil met de varianten in het bouwrecht dat zij niet contractueel of vennootschapsrechtelijk van aard zijn, maar van eigen aard en – uitsluitend de eerste vorm – voor een heel klein deel wettelijk geregeld.

Wat de eerste vorm van samenwerking betreft, is het wettelijk systeem erop gericht dat beide partijen het initiatief kunnen nemen. De curator kan de commissie te allen tijde advies vragen, waartoe hij soms zelfs verplicht is.¹⁷ Op haar beurt kan de schuldeiserscommissie de curator te allen tijde om inlichtingen vragen en raadpleging eisen van de op het faillissement betrekking hebbende stukken.¹⁸ Hoewel hij aan deze verzoeken gehoor moet geven, neemt de curator uiteindelijk de beslissing. Hij is niet gebonden aan het advies, al moet hij zijn afwijking wel motiveren en de

¹² Artikel 79 Fw.

¹³ Artikel 140-141 Fw.

¹⁴ Artikel 73 Fw.

¹⁵ Van der Feltz II, p. 23-24.

¹⁶ De wet stelt in artikel 74 Fw het maximum op drie leden. Mij zijn geluiden bekend van ‘informele’ schuldeiserscommissies die uit meer leden bestaan.

¹⁷ Artikel 78 Fw.

¹⁸ Artikel 76 Fw.

schuldeiserscommissie de tijd en gelegenheid geven om daartegen op te komen bij de rechter-commissaris; gedurende deze periode moet hij de uitvoering van mogelijk met het advies strijdige handelingen opschorten.¹⁹ Het achterwege laten van adviesinwinning door de curator leidt overigens niet tot ongeldigheid van de daarmee samenhangende transactie door de curator, maar eventueel wel tot aansprakelijkheid voor de eventuele schade die boedel en/of schuldeisers daardoor lijden.²⁰ Dat de curator toch wel rekening moet houden met de schuldeiserscommissie kan ten slotte worden afgeleid uit het feit dat zij de rechtbank kan verzoeken om hem te ontslaan.²¹

Als er een schuldeiserscommissie is, moeten zij en de curator met elkaar – en bij een schuldeiserscommissie bestaande uit twee of drie leden ook deze leden onderling – samenwerken als een soort bouwteam.²² Gebruikmakend van de door Van den Berg gegeven definitie van een bouwteam is er sprake van een “tijdelijke vorm van samenwerking [...] waarbij de deelnemers in gecoördineerd verband de werkzaamheden verrichten die uit de eigen functie voortkomen, en daarenboven, waar mogelijk, door het geven van advies medewerken aan de taakvervulling van collega-deelnemers”.²³ Van een collectieve verantwoordelijkheid van curator en schuldeisers is net als bij een bouwteam geen sprake.²⁴ Er is veeleer een gecoördineerde samenwerking, al dan niet geïnitieerd door de curator. Verschil met een bouwteam is echter dat de leden van een schuldeiserscommissie op zichzelf niet in een contractuele relatie tot elkaar staan en elkaar derhalve uit dien hoofde niet kunnen aanspreken.²⁵ Zolang het zinvol wordt geacht²⁶ vindt er geregeld overleg plaats tussen de curator en de schuldeiserscommissie. De vergaderingen en het bijeenroepen

¹⁹ Artikel 79 Fw.

²⁰ Artikel 72 j° 78-79 Fw.

²¹ Artikel 73 Fw.

²² Zie over dit fenomeen Asser-Van den Berg 5-III C, Bijzondere overeenkomsten, Aanneming van werk, hoofdstuk XI.

²³ Asser-Van den Berg nr. 260.

²⁴ Asser-Van den Berg nr. 264 e.v.

²⁵ Al wordt dit soms wel gepoogd met geheimhoudingsovereenkomsten (KPNQwest) of reglementen (Fokker, LG Philips Displays Holding B.V.; vgl. conclusie A-G Wuisman voor HR 30 november 2007, LJN BB9091/BB7653).

²⁶ Zie bijv. bij KPNQwest waar alleen een voorlopige schuldeiserscommissie heeft bestaan tot aan de verificatievergadering op 5 november 2004. Toen is geen definitieve schuldeiserscommissie ingesteld, omdat dit niet zinvol werd geacht; zie 7^e openbare verslag ex artikel 73a Fw d.d. 22 december 2004 (www.houthoff.com, Service, Insolventie).

daarvan zijn bewust niet aan enigerlei vormvoorschriften gebonden.²⁷ In de praktijk vindt dit overleg ook per telefoon en email plaats.²⁸ In de grotere faillissementen waarin een (informele) schuldeiserscommissie in het leven is geroepen ziet de curator de schuldeiserscommissie doorgaans als een bondgenoot, waarmee hij een goede verstandhouding nastreeft. Wel is er soms een spanningsveld tussen de curator en leden van de schuldeiserscommissie ingeval deze hun eigen belangen nastreven, bijv. het verzamelen van geheime bedrijfsgegevens voor eigen gewin of om zelf een bestuurder aan te spreken. Teneinde dit te voorkomen, wordt wel gewerkt met protocollen, reglementen of geheimhoudingsverklaringen.²⁹

Bij de tweede vorm van samenwerking tussen de leden onderling bij een meerhoofdige schuldeiserscommissie ligt de parallel met het bouwrecht eerder in de richting van de bouwcombinatie (met gelijksoortige deelnemers) dan het bouwteam (met verschillende typen deelnemers).³⁰ Tussen de deelnemers aan de combinatie (schuldeiserscommissie) geldt dat zij enerzijds daarbinnen op voet van gelijkheid met elkaar samenwerken maar anderzijds daarbuiten vrij zijn om te doen en laten wat men wenst.³¹ Toch is ook hier de parallel met het bouwrecht niet helemaal te trekken. Anders dan bij een bouwcombinatie hoeft de onderlinge samenwerking binnen een schuldeiserscommissie niet contractueel geregeld te zijn: op grond van de wet is er sprake van een rechtsverhouding tussen de leden van een meerhoofdige schuldeiserscommissie, maar de inhoud hiervan is door de wet verder niet geregeld. Zo is denkbaar dat de leden van mening verschillen over de aanpak van het advies en de verzameling van informatie. Zolang de curator daarvan geen last heeft, zal een dergelijk verschil van inzicht hem de ruimte geven om zijn eigen lijn uit te zetten. Maar een patstelling tussen de leden van de schuldeiserscommissie kan hem ook dwarszitten in de vorm van bijvoorbeeld langere en ingewikkelder vergaderingen en dubbel werk. Bij gebreke van een tijdig advies heeft de curator uiteindelijk evenwel de vrije hand.³² Wil men dit voorkomen, dan zullen de leden van de schuldeiserscommissie afspraken moeten maken en komt er

²⁷ Van der Feltz II, p. 29, 32.

²⁸ Zie bijv. in het faillissement Jomed, 13^e openbare verslag ex artikel 73a Fw d.d. 19 oktober 2006 (www.houthoff.com, Service, Insolventie).

²⁹ Vgl. B. Wessels, Insolventierecht IV, nr. 4272 met verwijzing naar Fokker, Jomed, KPNQwest; vgl. HR 30 november 2007, LJN BB9091/BB7653 inzake LG Philips Displays Holding.

³⁰ Zie over het fenomeen bouwcombinatie Asser-Van den Berg 5-IIIC, Bijzondere overeenkomsten, Aanneming van werk, hoofdstuk X.

³¹ Asser-Van den Berg nr. 234 e.v.

³² Artikel 78 lid 2 Fw.

langs deze weg een contractuele verhouding tot stand. Dit kan ook om andere redenen nuttig en raadzaam zijn, bijvoorbeeld in verband met geheimhouding, mogelijk conflicterende belangen en zelfstandige acties tegen bijvoorbeeld bestuurders of commissarissen.

Wat is de prikkel om wel/niet samen te werken; wat zijn met andere woorden de voor- en nadelen daarvan voor de curator respectievelijk de afzonderlijke schuldeisers?

Een goed functionerende schuldeiserscommissie kan de curator behulpzaam zijn bij het nemen van beslissingen omtrent (gedeeltelijke) voortzetting of staking van de onderneming en bijvoorbeeld het aansprakelijk stellen van bestuurders, commissarissen, adviseurs of andere betrokken derden. De curator kan zodoende sneller de relevante informatie krijgen en het faillissement effectiever en efficiënter afwickelen, waarbij de schuldeisers gebaat zijn. Aangezien de schuldeiserscommissie is samengesteld uit de schuldeisers, is dit derhalve ook in het belang van deze leden. Desondanks blijkt de schuldeiserscommissie weinig populair. Dit heeft te maken met het feit dat deelname aan een schuldeiserscommissie ook tijd en geld kost. De schuldeiser die door de faillietverklaring meestal toch al weinig van zijn vordering zal terugzien, wil daarom alleen in een dergelijke commissie zitting nemen als het voor hem per saldo geld oplevert. Tegen de achtergrond van het grote aantal lege boedels, waarin dat per definitie niet gebeurt, verbaast het derhalve niet dat er weinig animo is om in een schuldeiserscommissie zitting te nemen. Dit sluit ook aan bij de inschatting die werd gemaakt bij de totstandkoming van de Faillissementswet in 1893, reden waarom de schuldeiserscommissie niet dwingend werd voorgeschreven: in verreweg de meeste, dat wil zeggen kleine, faillissementen verwachtte men dat er maar hoogst zelden behoefte aan een schuldeiserscommissie zou zijn.³³ Door zich zodoende te beperken tot faillissementen waarin zich een substantieel actief bevindt (“de belangrijkheid des boedels”) en waarin de curator behoefte heeft aan advies over een paar lastige kwesties (“de aard des boedels”) lijkt de schuldeiserscommissie al met al geen grote rol te spelen in het insolventierecht.

Wanneer is de samenwerking succesvol?

De vraag wanneer een schuldeiserscommissie tot een succesvolle samenwerking leidt, is lastig te beantwoorden. Uiteindelijk is er maar één toetssteen, namelijk of die samenwerking heeft geleid tot een hogere opbrengst van de boedel waardoor de schuldeisers een groter deel van hun vordering voldaan zien worden. Dit betekent dat een vergelijking zal moeten worden gemaakt tussen de situatie waarin de schuldeiserscommissie is ingesteld en die waarin dat niet het geval is. Het is echter

³³ Van der Feltz II, p. 22, 25.

per definitie onmogelijk een dergelijke vergelijking te trekken, behoudens wellicht in de gevallen waarin tijdens het faillissement alsnog een schuldeiserscommissie wordt ingesteld.³⁴ Dan zal moeten worden onderzocht of de samenwerking van de curator met een schuldeiserscommissie verborgen activa zichtbaar heeft gemaakt of dat het beheer van de boedel door de curator succesvoller is geweest. In dit verband valt te denken aan een rendabele (al dan niet tijdelijke) voortzetting van de onderneming, hogere opbrengsten bij verkoop van activa, betere incasso van openstaande vorderingen, hogere schikkingsresultaten met debiteuren, bestuurders of andere derden die jegens de boedel aansprakelijk zijn.

Het feit dat een schuldeiserscommissie een grotere betrokkenheid van schuldeisers bij de afwikkeling van het faillissement impliceert, is voor de Commissie insolventierecht aanleiding geweest om haar taken en bevoegdheden uit te breiden en haar in het Voorontwerp Insolventiewet in potentie een grotere rol toe te delen.³⁵ Ook al zijn schuldeisers elkaars concurrenten in de verdeling van het actief, door (een betere) samenwerking kunnen zij bereiken dat de omvang van het totale te verdelen actief toeneemt, waardoor men per saldo meer krijgt dan zonder die samenwerking mogelijk was. Net als bij een bouwcombinatie of bouwteam in het bouwrecht zou een schuldeiserscommissie moeten kunnen bewerkstelligen wat de afzonderlijke partijen niet – of althans niet zo goed – kunnen bereiken.

Wat kan men doen om vaker een schuldeiserscommissie bij faillissementen in het leven te roepen?

Waar aan de ene kant het fenomeen van een schuldeiserscommissie in het belang van zowel curator als schuldeisers lijkt te zijn, maar deze aan de andere kant wegens het kosten- en tijdsaspect niet vaak voorkomt, rijst de vraag of er behoefte is aan meer schuldeiserscommissies en zo ja, hoe dat dan te bewerkstelligen. Inhoudelijk lijkt een samenwerking tussen curator en schuldeiserscommissie beiden van dienst te kunnen zijn ingeval de boedel maar groot genoeg is om tot een uitkering aan de schuldeisers te komen. Dit blijkt ook uit de grotere faillissementen, zoals Fokker, KPNQwest, Jomed en Van der Hoop Bankiers. Zolang de rol van de schuldeiserscommissie echter beperkt is tot louter advisering, zal de animo daarvoor beperkt blijven. Daar waar de bedrijfs- en branchekennis van

³⁴ De omgekeerde situatie zou in theorie ook denkbaar zijn, maar de opheffing van een schuldeiserscommissie wordt meestal ingegeven doordat zij geen toegevoegde waarde meer heeft en haar nut heeft gehad (of althans niets meer aan waarde zal toevoegen); vgl. het faillissement KPNQwest waar na de voorlopige schuldeiserscommissie geen definitieve is ingesteld op de verificatievergadering op 5 november 2004 (zie 7^e openbare verslag ex artikel 73a Fw d.d. 22 december 2004; www.houthoff.com, Service, Insolventie).

³⁵ Afdeling 4.4 Voorontwerp Iw; toelichting Voorontwerp Iw, algemeen § 9, p. 9(t) en p. 105(t) e.v.

schuldeisers groter is dan die van de curator (en meestal nog veel meer van de rechter-commissaris) lijkt een betere rol voor de schuldeiserscommissie weggelegd om de curator niet alleen te adviseren, maar ook te controleren. Hiermee begeeft zij zich op het terrein van de wettelijke toezichthouder op de curator, de rechter-commissaris, iets dat de regering bij de totstandkoming van de Faillissementswet niet voor ogen stond.³⁶ Toch lijkt hieraan niet te ontkomen, wil de schuldeiserscommissie haar adviserende taak serieus nemen, bijvoorbeeld ter voorbereiding van een concreet advies of als zij het ontslag van de curator verzoekt.³⁷ Het is mede om deze reden dat in het Voorontwerp Insolventiewet de volgende – verdergaande – bevoegdheden aan de schuldeiserscommissie zijn toegekend.

De belangrijkste wijziging in afdeling 4.4 van het Voorontwerp Insolventiewet is dat de schuldeiserscommissie niet alleen de bewindvoerder³⁸ van advies dient, maar tevens – nevenschikkend! – toezicht houdt op diens bestuur van de boedel.³⁹ De toezichtfunctie van de schuldeiserscommissie vloeit voort uit de verandering van perspectief die in het Voorontwerp Insolventiewet is gekozen, waarbij het toezicht op de bewindvoerder voor een deel verplaatst is van de rechter-commissaris naar de schuldeisers.⁴⁰ Zo is in het Voorontwerp Insolventiewet de toestemming voor voortzetting van de onderneming, verkoop van activa uit de boedel (anders dan in het openbaar), schikkingen en het starten van procedures niet meer afkomstig van de rechter-commissaris maar van de schuldeiserscommissie, indien deze is ingesteld.⁴¹ Een ander verschil met de huidige situatie is dat de schuldeiserscommissie in het Voorontwerp Insolventiewet ook kan bestaan uit leden die geen schuldeiser zijn om zodoende specifieke expertise in de schuldeiserscommissie op te nemen.⁴² Hoewel ook onder het regiem van het Voorontwerp Insolventiewet de schuldeiserscommissie niet in alle insolventies nuttig of nodig zal zijn, verwacht de Commissie insolventierecht, die het Voorontwerp Insolventiewet heeft opgesteld, dat vaker van een schuldeiserscommissie gebruikgemaakt zal worden.⁴³ Het streven is om met een dergelijke

³⁶ Van der Feltz II, p. 29.

³⁷ B. Wessels, Insolventierecht IV, nr. 4727.

³⁸ Zoals de curator nieuwe stijl in het Voorontwerp Insolventiewet genoemd wordt.

³⁹ Artikel 4.4.2 en 4.4.7 Voorontwerp lw.

⁴⁰ Zie ook artikel 4.2.3a en 3b en 4.3.1 Voorontwerp lw en toelichting Voorontwerp lw, algemeen § 9.

⁴¹ Artikel 4.2.3a j° 4.2.3 Voorontwerp lw.

⁴² Zie toelichting Voorontwerp lw op artikel 4.4.1, p. 106.

⁴³ Zie toelichting Voorontwerp lw, p. 9-10, 105 e.v.

samenwerking van schuldeisers onderling en bij voorkeur ook met de bewindvoerder, de opbrengst van de boedel te verhogen, waardoor alle betrokkenen baat zullen hebben van die samenwerking.

Afrondend merk ik op dat een vergelijking met bouwrechtelijke figuren zoals de bouwcombinatie⁴⁴ en het bouwteam⁴⁵ een aardige invalshoek kan bieden om de samenwerking te duiden tussen enerzijds de curator en de schuldeiserscommissie en anderzijds de leden van de schuldeiserscommissie onderling bij een meerhoofdige schuldeiserscommissie. Tot op zekere hoogte is er vrijwilligheid om mee te doen (vanuit het perspectief van de schuldeisers), ook al heeft men niet volledige invloed wie participeert. Toch hoeft men niet tegen zijn zin tot een schuldeiserscommissie toe te treden, zoals blijkt uit artikel 74 lid 2 Fw. Zolang men elkaar niet op het verkeerde been zet en binnen de samenwerking integer handelt, hoeft men aansprakelijkheid niet te duchten en kan een schuldeiserscommissie een waardevolle toevoeging zijn aan het instrumentarium van de curator om het faillissement optimaal af te wikkelen.⁴⁶

3. Het (dwang)akkoord

Het akkoord in faillissement is geregeld in de artikelen 138-172a Fw. Wanneer de schuldeisers dat met de wettelijk vereiste meerderheden hebben aanvaard en de rechtbank het vervolgens heeft gehomologeerd en dit vonnis in kracht van gewijsde is gegaan, eindigt het faillissement van rechtswege.⁴⁷ De benodigde samenwerking bij het akkoord uit zich vooral in de totstandkoming daarvan. Hoewel formeel de gefailleerde het akkoord aanbiedt,⁴⁸ is de curator in de praktijk daar vaak bij betrokken, hetgeen een zekere samenwerking tussen de gefailleerde en de curator betekent. Belangrijker is evenwel de samenwerking tussen de gefailleerde en de schuldeisers, althans het gedeelte daarvan dat nodig is om het noodzakelijke quorum te bereiken. Sinds begin 2005 eist de wet voor aanneming van het akkoord een gewone meerderheid van de ter verificatievergadering verschenen erkende en voorwaardelijk toegelaten concurrente⁴⁹ schuldeisers, die samen ten minste de helft van het bedrag van de door geen voorrang gedekte erkende en voorwaardelijk toegelaten

⁴⁴ Asser-Van den Berg, hoofdstuk X.

⁴⁵ Vgl. Asser-Van den Berg, hoofdstuk XI.

⁴⁶ Vgl. Asser-Van den Berg nrs. 266 e.v.

⁴⁷ Zie artikel 145/146 en 161 Fw.

⁴⁸ Artikel 138 Fw.

⁴⁹ De preferente schuldeisers tellen niet mee, omdat zij niet aan het akkoord gebonden zijn; zie artikel 157 Fw.

schuldvorderingen vertegenwoordigen.⁵⁰ In artikel 146 Fw wordt de rechter-commissaris de bevoegdheid geboden om zelfs bij een kleiner bedrag van de voorstanders van het akkoord toch tot vaststelling – ‘als ware het aangenomen’ – over te gaan. In dit geval moet driekwart van de ter verificatievergadering verschenen erkende en voorwaardelijk toegelaten concurrente schuldeisers hebben voorgestemd, maar moet de verwerping – door de schuldeisers die samen kennelijk meer dan de helft van het bedrag van de door geen voorrang gedekte erkende en voorwaardelijk toegelaten schuldvorderingen vertegenwoordigden – het gevolg zijn van het onredelijk tegenstemmen van een of meer schuldeisers. ‘Onredelijk’ betekent in dit verband dat zij, alle omstandigheden in aanmerking genomen, niet tot dit stemgedrag hadden kunnen komen. Tot deze omstandigheden hoort in ieder geval het percentage dat die schuldeisers bij vereffening van de boedel naar verwachting aan betaling op hun vordering zullen ontvangen.⁵¹ Ondanks deze verlichting van de eisen om tot een akkoord te komen, komt deze vorm van beëindiging van het faillissement in de praktijk nog steeds weinig voor.⁵² Hiermee lijkt ook deze tweede vorm van insolventierechtelijke samenwerking net als de schuldeiserscommissie geen succes. Met gebruikmaking van dezelfde in de inleiding gestelde vragen wil ik proberen dit te verklaren en te onderzoeken in hoeverre dat kan worden veranderd.

Waarom is samenwerking nodig; wat is het doel daarvan?

De samenwerking van schuldeisers met de gefailleerde en die tussen de schuldeisers onderling voorafgaand aan de totstandkoming van een akkoord is niet wettelijk geregeld, maar wordt impliciet verondersteld: zonder samenwerking zal het de gefailleerde niet lukken om zijn schuldeisers op één lijn te krijgen om de schuldenlast te verminderen. De beoogde sanering van het passief vergt immers van alle⁵³ schuldeisers dat zij ten gunste van elkaar een deel van hun vordering intrekken,

⁵⁰ Artikel 145 Fw.

⁵¹ Artikel 146 Fw.

⁵² Over de periode 1999-2008 is het percentage geleidelijk gezakt van 7,7% van alle beëindigde faillissementen in 1999 tot 1,6% in 2005, daarna – vermoedelijk door de ruimere totstandkomingscriteria door de wetswijziging begin 2005 – licht gestegen tot 1,7% in 2006 en 2007 met vervolgens een verhoging naar 2,6% in 2008 (Bron: CBS Statline).

⁵³ In de praktijk wil bij grotere akkoorden nog wel eens een uitzondering gemaakt worden voor de kleine schuldeisers. Aangezien het naar huidig recht niet helemaal duidelijk is of men bepaalde schuldeisers met dwang kan onderbrengen in een aparte klasse die minder krijgt dan een andere klasse, wordt het doel bereikt door een gedifferentieerd of gestaffeld akkoord aan te bieden, waarbij aan iedere schuldeiser de volle 100% wordt aangeboden op bijvoorbeeld de eerste € 1000. Hiermee krijgen de kleine schuldeisers (met een vordering tot € 1000) hun gehele vordering voldaan en hoeven zij dus niets in te leveren. Vgl. B. Wessels, Insolventierecht VI, nrs. 6012, 6126.

kwijtschelden of althans omzetten in lange termijn schuld dan wel eigen vermogen. Zowel bij de beslissing om hieraan mee te werken als ter bepaling van de omvang van het gedeelte van de vordering dat men met het akkoord wil omzetten, zal iedere schuldeiser bij zijn overleg met de schuldenaar naar de andere schuldeisers kijken. Strikt genomen vereist dit geen samenwerking tussen de schuldeisers, maar feitelijk zal enig overleg – en dan vooral tussen de belangrijkste schuldeisers – wel nodig zijn om tot een aanvaardbare overeenstemming tussen de schuldenaar en de schuldeisers te komen.

Hoe wordt de samenwerking vormgegeven; waaruit bestaat zij en wie moet wat doen?

Aangezien de totstandkoming van een akkoord in faillissement als zodanig niet wettelijk is geregeld, moet hiervoor te rade worden gegaan bij het algemene contractenrecht: het akkoord is in essentie niets anders dan een meerpartijenovereenkomst tussen de schuldenaar aan de ene kant en de groep van schuldeisers aan de andere kant.⁵⁴ Dit betekent dat de bepalingen van Boek 6, titel 5 BW daarop van toepassing zijn.

Voor de totstandkoming van het akkoord komt als uitgangspunt afdeling 6.5.2 BW in beeld, waarbij direct al twee kanttekeningen te plaatsen zijn. In de eerste plaats geeft deze afdeling zelf in artikel 6:217 lid 2 BW al de nodige ruimte voor afwijking van het regelend recht uit het BW. Daarnaast brengt het karakter van de meerpartijenovereenkomst op grond van artikel 6:213 lid 2 BW met zich mee dat de aard van de overeenkomst zich verzet tegen het klakkeloos toepassen van die regels. Als voorbeeld noem ik twee aspecten die bij het akkoord anders kunnen liggen dan bij een eenvoudige tweepartijenovereenkomst: de regels omtrent aanbod en aanvaarding en die met betrekking tot de daaraan voorafgaande precontractuele fase.⁵⁵ Hoewel het niet voor de hand ligt dat een schuldenaar het akkoord louter mondeling aanbiedt, brengt de pluraliteit van schuldeisers met zich mee dat een mondeling aanbod niet vervalt als onmiddellijke aanvaarding uitblijft.⁵⁶ Ook een verwerping van het aanbod door een der schuldeisers betekent niet dat het aanbod daardoor is vervallen.⁵⁷ Met betrekking tot het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen past eveneens een nuancering in het licht van de bijzondere aard van het faillissementsakkoord. Net als buiten faillissement⁵⁸ is ook

⁵⁴ Zie Van der Feltz II, p. 145; B. Wessels, Insolventierecht VI, nrs. 6013 e.v., 6028.

⁵⁵ F.M.J. Verstijlen/R.D. Vriesendorp, Bespreking Polak-Wessels, Insolventierecht, WPNR (2004) 6602-03.

⁵⁶ Vgl. artikel 6:221 lid 1 BW.

⁵⁷ Artikel 6:221 lid 2 BW.

⁵⁸ HR 12 augustus 2005, NJ 2006, 230 (Payroll).

hier iedere partij in beginsel vrij om de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn.⁵⁹ Daarom heeft een schuldeiser een grote ruimte om niet met het akkoord mee te gaan, juist omdat de wet de mogelijkheid van het dwangakkoord kent. Toch is deze ruimte niet onbegrensd. Met de bepaling van artikel 146 Fw op grond waarvan de rechter-commissaris het akkoord vaststelt als ware het aangenomen, is door de wetgever een invulling gegeven aan de beperking van de vrijheid om niet aan een akkoord gebonden te willen zijn. Het daarin genoemde argument van de vergelijking met het bij een gedwongen liquidatie te verwachten uitkeringspercentage zou geen reden mogen zijn om zich aan de onderhandelingen te onttrekken, althans om daarop een terugtrekking uit de onderhandelingen te baseren, indien dat gelijk of lager is dan in het akkoord wordt aangeboden. Van een verplichting tot schadevergoeding⁶⁰ zal evenwel geen sprake zijn – in zoverre wijkt dit af van de doctrine van de Hoge Raad op het gebied van de afgebroken onderhandelingen – al zou men de gebondenheid aan het akkoord eventueel kunnen zien als een schadevergoeding in natura.⁶¹

Nadat het akkoord is tot stand gekomen, kent de Faillissementswet de eigenaardigheid dat het nog de rechterlijke goedkeuring behoeft in de vorm van de homologatie en deze beslissing in kracht van gewijsde moet gaan alvorens het akkoord van kracht is.⁶² Deze rechterlijke bemoeienis is nodig omdat het akkoord ook van kracht wordt voor schuldeisers die niet aan de totstandkoming hebben meegedaan of zelfs uitdrukkelijk hebben tegengestemd, waarmee hen dus en vermogensbestanddeel wordt ontnomen.⁶³ Voor het overige volgt de uitvoering van het akkoord de gewone regels van het contractenrecht. Partijen zijn gehouden het akkoord uit te voeren op een wijze die niet in strijd komt met gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid, voor zover deze gevolgen daarop krachtens artikel 6:248 BW van toepassing zijn.

Ontbinding van het akkoord gebeurt niet volgens de regels van het commune recht en heeft evenmin de daarin geregelde gevolgen,⁶⁴ maar kent haar eigen regiem: indien de schuldenaar niet kan

⁵⁹ HR 12 augustus 2005, LJN AT7337 (CBB/JPO), r.o. 3.6.

⁶⁰ Anders dan de kosten van de procedure waarin de schuldeiser alsnog tot medewerking wordt veroordeeld.

⁶¹ Vgl. artikel 6:103 BW.

⁶² Artikel 150 e.v. Fw.

⁶³ Artikel 157 Fw; vgl. artikel 1 Eerste Protocol EVRM dat burgers beoogt te beschermen tegen willekeurige ontneming van eigendom.

⁶⁴ Artikel 6:269 e.v. BW.

aantonen dat hij het akkoord deugdelijk nakomt, zal de rechter het ontbinden. Hiervoor is overigens geen samenwerking nodig. Een enkele schuldeiser jegens wie het akkoord niet wordt nagekomen kan op deze grond de ontbinding van het gehele akkoord jegens alle betrokkenen bewerkstelligen.⁶⁵ Met dit vonnis wordt tegelijkertijd het faillissement heropend en gaat de curator tot vereffening over.⁶⁶ Overigens brengt de rechterlijke betrokkenheid bij de totstandkoming van het akkoord met zich mee dat het alleen ontbonden kan worden wegens de niet-nakoming daarvan door de schuldenaar.⁶⁷ Voor een vernietiging op grond van wilsgebreken (dwang, bedrog, bedreiging of misbruik van omstandigheden) is door zijn bijzondere aard geen plaats.⁶⁸ Een gedupeerde schuldeisers zal zich moeten behelpen met een vordering tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad of mogelijk ongerechtvaardigde verrijking.⁶⁹

Wat is de prikkel om wel/niet samen te werken; wat zijn met andere woorden de voor- en nadelen daarvan voor de gefailleerde respectievelijk de afzonderlijke schuldeisers?

De samenwerking tussen de schuldenaar enerzijds en de schuldeisers anderzijds is noodzakelijk om tot een akkoord te komen dat aan de rechtbank ter homologatie kan worden voorgelegd. De prikkel hiertoe is de verwachting dat door het terugbrengen van de schuldenlast of het anderszins in tijd uitsmeren daarvan, de schuldenaar er financieel weer bovenop komt en daarmee op den duur in staat zal zijn om al zijn verplichtingen te voldoen. Sommige schuldeisers hebben daarnaast belang bij het voortduren van de relatie met de schuldenaar, bijvoorbeeld omdat deze een belangrijke afnemer is.

De samenwerking tussen de schuldeisers onderling is van een andere aard, zoals hierboven uiteengezet. Deze is meer gelegen in het feit dat men elkaar (althans het quorum) aanzet en overtuigt dat het prijsgeven van een gedeelte van de vordering uiteindelijk ieders belang dient. Soms hanteert de schuldenaar of een derde een ongeoorloofde prikkel; er kan dan sprake zijn van een sluipakkoord. Hierbij wordt een schuldeiser op ongeoorloofde manier overgehaald om voor het akkoord te stemmen, bijvoorbeeld met de toezegging dat hij buiten het akkoord om nog iets extra's

⁶⁵ Artikel 165 Fw; zie voor een recent voorbeeld van een – overigens mislukte – ontbindingspoging bij een akkoord in surseance van betaling, HR 16 oktober 2009, LJN BJ7317 (FC Den Bosch).

⁶⁶ Artikel 167, 170 Fw.

⁶⁷ Artikel 165 Fw.

⁶⁸ Zie reeds Van der Feltz II, p. 195 e.v.

⁶⁹ Vgl. B. Wessels, Insolventierecht VI, nr. 6180.

krijgt.⁷⁰ Een dergelijke begunstiging leidt niet alleen tot het risico van weigering van de homologatie⁷¹ waardoor het akkoord niet verbindend wordt voor alle schuldeisers, maar mogelijk ook tot strafrechtelijk ingrijpen.⁷² Het doet denken aan de – inmiddels verboden – mededingingsbeperkende afspraken tussen aannemers, waarbij vooral de aanbesteder gedupeerd wordt.⁷³ Soms kan langs die weg echter ook de concurrentie op een zijspoor worden gezet en dan is de parallel met het sluipakkoord goed zichtbaar: sommige schuldeisers profiteren daarvan en andere niet.

Wanneer is de samenwerking succesvol?

De vraag wanneer de samenwerking succesvol is, is bij de totstandkoming van het akkoord net zo lastig te beantwoorden als bij het tot stand brengen van een bouwwerk. Natuurlijk vormt de oplevering van een akkoord in de vorm van het in kracht van gewijsde gaan van de homologatie door de rechter een heldere markering waardoor het faillissement tevens van rechtswege tot een einde komt, maar het zegt niets over de duurzaamheid van het resultaat. Iets vergelijkbaars geldt bij de oplevering van een bouwwerk, dat op zichzelf beschouwd geen garantie biedt voor de duurzaamheid daarvan. Toch valt uit die gebeurtenissen wel iets af te leiden over het (ontbreken van) succes van de samenwerking. Het aannemen van het akkoord op de verificatievergadering en de homologatie daarvan door de rechter zijn indicaties dat de samenwerking in ieder geval niet geheel zonder succes is gebleven. In bouwtermen gesproken: de samenwerking heeft tot resultaat geleid, al wil Van den Berg in dit verband de term ‘resultaatsverbintenis’ liever niet gebruiken.⁷⁴ Hier gaat de parallel met de bouw overigens al niet meer op, omdat de verplichting van de schuldeiser om zijn vordering (voor een deel) af te boeken van hem geen nadere actie meer vereist, in tegenstelling tot de aannemer die het werk tot stand moet brengen en opleveren. Wel sluit ik mij aangaande de eisen voor een akkoord aan bij Van den Berg, waar hij omtrent de verplichtingen van de aannemer bij de bouw het ‘fit for purpose’-vereiste uit de Principles of European Law on Service Contracts afwijst.⁷⁵ Of het akkoord de schuldenaar er uiteindelijk weer financieel bovenop zal brengen is immers geen eis die aan de partijen gesteld mag worden. Indien de schuldenaar het akkoord niet nakomt kan iedere schuldeiser

⁷⁰ Vgl. B. Wessels, Insolventierecht VI, nr. 6118 e.v.

⁷¹ Artikel 153 lid 2 sub 3 Fw.

⁷² Artikel 345 Sr.

⁷³ Vgl. Asser-Van den Berg nrs. 63-67. 236-239.

⁷⁴ Asser-Van den Berg nr. 85 e.v., i.h.b. 87.

⁷⁵ Asser-Van den Berg nr. 87.

die dat betreft de ontbinding verlangen, waardoor opnieuw het faillissement wordt uitgesproken.⁷⁶ Raakt de schuldenaar – ondanks een stipte nakoming van het akkoord – wederom insolvent, dan vormt dat een zelfstandige grond waarop een insolventieprocedure kan worden uitgesproken.

Wat kan men doen om vaker een akkoord te bereiken?

Uit de cijfers van het CBS blijkt dat het akkoord maar in een beperkt aantal gevallen voorkomt.⁷⁷ Wellicht mede door de soepeler quorumvereisten sinds 2005 is de laatste jaren een lichte stijging te zien, maar het aandeel blijft beperkt. Deze geringe belangstelling wordt deels verklaard door het grote aantal lege boedels waarbij schuldeisers in het geheel geen uitkering ontvangen. Dan mag worden aangenomen dat er dus evenmin ruimte was om de schuldeisers tot een akkoord te verleiden als hen in feite gevraagd moet worden volledig afstand te doen van hun vordering. Dit gegeven betekent dat de verruiming in het Voorontwerp Insolventiewet dat het akkoord niet alleen de concurrente maar ook de preferente schuldeisers gaat binden vermoedelijk maar tot een bescheiden toename van het aantal akkoorden in de insolventieprocedure zal leiden.⁷⁸ De wezenlijke verruiming ligt dan ook ergens anders.

Indien de schuldeisers willen voorkomen dat zij tot een bepaalde samenwerking met een curator worden gedwongen, dan moeten zij zorgen dat zij tevoren samenwerken met de schuldenaar – en tot op zekere hoogte ook met elkaar – om tot een zogenaamd ‘informeel’ akkoord te komen. Afdeling 7.1 van het Voorontwerp Insolventiewet biedt onder bepaalde voorwaarden en in afwijking van het huidige recht⁷⁹ de mogelijkheid om de samenwerking tussen de schuldenaar en schuldeisers het karakter van een dwangakkoord te laten krijgen.⁸⁰ Met deze rechtsfiguur beoogt het Voorontwerp Insolventiewet informele reorganisaties te stimuleren waarbij de kans op succes groter lijkt.⁸¹ Ook hier is samenwerking tussen enerzijds schuldenaar en schuldeisers en anderzijds tussen

⁷⁶ Artikel 165-167 Fw.

⁷⁷ Zie hierboven noot 52.

⁷⁸ Zie artikel 6.2.1 Voorontwerp lw, alsmede de bijbehorende toelichting, p. 127(t) e.v.

⁷⁹ Afgezien van de in 2008 ingevoerde mogelijkheid daartoe in de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen (art. 287a Fw).

⁸⁰ Artikel 7.1.24 Voorontwerp lw.

⁸¹ Zie bijv. de proefschriften van A.M. van Amsterdam, Insolventie in economisch perspectief (VU 2004, Den Haag Boom juridische uitgevers), J.A.A. Adriaanse, Restructuring in the shadow of the law (UL 2005, Deventer Kluwer) en A.P.K. Luttkhuis, Corporate Recovery; de weg naar effectief insolventierecht (UvT 2007, <http://www.corporate-recovery.eu/cr.pdf>); vgl. het advies van de NVB aan de Minister van justitie d.d. 9 september 2008 (<http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/insolventiewet/>) met overigens een –

de schuldeisers onderling van belang om tot een succes te komen. Weliswaar strekt het informele (dwang)akkoord zich niet uit tot schuldeisers wier vordering niet op de bij het verzoek ingediende lijst is geplaatst, maar de anderen zullen in meerderheid moeten instemmen.⁸² Dit impliceert dat zij dienaangaande met de schuldenaar tot overeenstemming zijn gekomen. Net als voor het akkoord in faillissement lijkt dit alleen mogelijk als ook de schuldeisers onderling met elkaar hebben afgestemd, althans niet in meerderheid zijn gaan dwarsliggen.

Tot slot

In het voorgaande heb ik een tweetal samenwerkingsvormen uit het insolventierecht – de schuldeiserscommissie en het akkoord – behandeld waarbij het bouwrecht mogelijk inspiratie zou kunnen bieden voor de aanpak van knelpunten. In zoverre kan men spreken van een grensoverschrijdende en (intern) rechtsvergelijkende bijdrage. In lijn met de werkwijze en het karakter van Matton van den Berg heb ik getracht het tunneldenken in het insolventierecht te confronteren met enkele noties uit het bouwrecht. Om een brug te bouwen tussen de beide rechtsgebieden heb ik enkele piketpaaltjes geslagen en her en der alvast een steiger geplaatst. In een zoektocht naar samenwerking in het insolventierecht is gebleken dat die alleen van de grond kan komen als die bruggen worden gebouwd op vertrouwen. Wegens het ontbreken van dat vertrouwen doet een grootschalige en multilaterale samenwerking zich op het terrein van het insolventierecht in het overgrote deel van de faillissementen echter niet vaak voor. Individuele schuldeisers moeten in één-op-één relaties met de curator samenwerken en bij ontbreken van een schuldeiserscommissie of een akkoord is van een echte meerpartijenverhouding – zowel tussen de schuldeisers onderling als in hun verhouding tot de curator – nauwelijks sprake. De parallel met de bouw en het bouwrecht gaat bij deze gevallen dus grotendeels mank: de curator is niet de opdrachtgever of architect, maar evenmin de (hoofd)aannemer.⁸³ Met nevenaanneming⁸⁴ valt evenmin de parallel te trekken, nu de curator, schuldeiserscommissie en de afzonderlijke schuldeisers niet gehouden zijn om zoals bij nevenaanneming naast elkaar staande werkzaamheden te verrichten. Waar de schuldeisers bij het ontbreken van een schuldeiserscommissie of een akkoord niet samen optrekken vallen ten slotte ook de meer op samenwerking en geïntegreerde aanpak gerichte rechtsfiguren van de

achteraf gezien voor de banken zelf – lezenswaardig uitgangspunt voor een insolventie en marktwerking (§ II.1).

⁸² Conform de daartoe in artikel 7.1.17 Voorontwerp Iw gestelde eisen.

⁸³ Zie hierover Asser-Van den Berg, hoofdstuk VIII.

⁸⁴ Zie over deze rechtsfiguur: Asser-Van den Berg, hoofdstuk IX.

bouwcombinatie⁸⁵, het bouwteam⁸⁶ of zelfs verdergaande vormen van het geïntegreerd concept⁸⁷ of alliancing⁸⁸ helemaal buiten beeld.

Toch sluit ik niet uit dat tussen het bouwrecht en het insolventierecht een brug gebouwd kan worden. Een kleine aanzet hiertoe biedt de noodzakelijke samenwerking tussen de betrokkenen bij een schuldeiserscommissie of een akkoord. Het afwikkelen van faillissementen kan daarnaast worden beschouwd als sloopwerk waarvoor het bouwrecht normen en regels zou moeten bieden, zodat ook hierom beide rechtsgebieden nog wel het nodige van elkaar zouden moeten kunnen leren en valt er volgens mij op het grensvlak nog veel te winnen. De winst ligt dan vooral bij de grotere en complexere insolventies, waarbij uit de sloop (vereffening) weer een nieuw bouwwerk als feniks uit de as kan herrijzen, zoals indertijd bij het faillissement van DAF Trucks het geval was. Dit voorbeeld was succesvol, omdat werd gebouwd op het vertrouwen in elkaar, een aanpak die goed past bij Matton van den Berg. Laat dit voor hem de drijfveer blijven om ook na zijn emeritaat de bruggen te blijven bouwen. Hopelijk bieden de hierboven door mij geslagen piketpaaltjes en steigerwerk en de andere opstellen in deze bundel hem genoeg uitdaging om dat werk aan te nemen. Dan hoeven wij niet bang te zijn voor oude mensen, de dingen, die voorbijgaan!⁸⁹

⁸⁵ Vgl. Asser-Van den Berg, hoofdstuk X.

⁸⁶ Vgl. Asser-Van den Berg, hoofdstuk XI.

⁸⁷ Asser-Van den Berg nrs 294 e.v.

⁸⁸ Asser-Van den Berg nr. 297.

⁸⁹ Ontleend aan Louis Couperus, die mij ook tot de titel heeft geïnspireerd.