

De stem van de schuldeisers als gereedschap van de curator

MR. M. WINDT¹ EN MR. J.M. HUMMELEN²

1. Inleiding

Bij de afwikkeling van een faillissement dient het belang van de gezamenlijke schuldeisers voorop te staan.³ In het kader van de verwezenlijking van dit belang staat de curator een kist met daarin diverse gereedschappen ter beschikking. Eén van deze gereedschappen is de schuldeiserscommissie.⁴ Hoewel dit gereedschap lang niet in elk faillissement wordt gebruikt, kan het gebruik ervan zeker een meerwaarde vormen.⁵ In het bijzonder is dit het geval in omvangrijke en/of complexe faillissementen.⁶

1. Marcel Windt is advocaat bij Houthoff Buruma in Rotterdam.
2. Jochem Hummelen is advocaat bij Houthoff Buruma in Amsterdam.
3. Zie: G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surseance van betaling*, deel I, Heruitgave bewerkt door S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 27 en 371; HR 4 december 1963, *NJ* 1964, 144 (mr. Mout q.q. en Mr. Schouwenaar q.q./Vecht) en HR 23 december 1994, *NJ* 1996, 628 (Notarissen THB II). Onder omstandigheden dient de curator ook maatschappelijke belangen in acht te nemen. Zie onder andere: HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727 (Maclou).
4. De wet kent in artikel 74 Fw de mogelijkheid voor de rechtbank om bij het vonnis van faillietverklaring of bij latere beschikking een voorlopige schuldeiserscommissie te benoemen. Ingevolge artikel 75 Fw raadpleegt de rechter-commissaris op de verificatievergadering de schuldeisers ten aanzien van de vraag of zij een definitieve schuldeiserscommissie wenselijk achten en, zo ja, dan benoemt hij een definitieve commissie. Waar in deze bijdrage wordt gesproken van 'schuldeiserscommissie' wordt zowel de voorlopige als de definitieve commissie bedoeld, tenzij expliciet anders vermeld.
5. Vergelijk punt 2.2.5 van de conclusie van A-G Wuisman vóór HR 6 juni 2014, *JOR* 2014/280 (Eurocommerce). Cijfers over hoe vaak een schuldeiserscommissie wordt benoemd zijn ons niet bekend, maar de perceptie is dat een dergelijke commissie over het algemeen slechts wordt ingesteld in de grotere faillissementen. Vergelijk ook: R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 205.
6. Op dit moment bepalen artikel 74 lid 1 en 75 lid 1 Fw dat een schuldeiserscommissie uit maximaal drie leden bestaat. De verwachting is dat deze beperking wordt afgeschaft in het wetsvoorstel tot modernisering van de faillissementsprocedure onder het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht. Zie: Kamerstukken 2014-2015, 33695, nr. 8, p. 4.

Immers, hoewel de door de wetgever aan de schuldeiserscommissie toegedichte ‘expertise in niet-juridische zaken’⁷ in de praktijk niet altijd evenveel meerwaarde creëert (§ 2), verschaft het instrument van de schuldeiserscommissie schuldeisers wel degelijk de door de wetgever beoogde ‘invloed op de gang van zaken’.⁸ Deze invloed op het faillissement leidt tot betere, meer doordachte besluitvorming (§ 3) en het scheppen van draagvlak ten behoeve van de curator (en) voor het verdedigen van moeilijke beslissingen (§ 4). Dit alles onder de voorwaarde dat de commissie evenwichtig is samengesteld en zij haar bevoegdheden correct aanwendt (§ 5).

In de navolgende paragrafen wordt nader ingegaan op de diverse vormen van meerwaarde die een schuldeiserscommissie kan opleveren. Bij het nagaan van deze meerwaarde dienen wel de taken en bevoegdheden van de commissie in het oog te worden gehouden. Een taakomschrijving is - anders dan bij de rechter-commissaris (artikel 64 Fw) en de curator (artikel 68 Fw) - niet in de wet opgenomen.⁹ Algemeen wordt echter aangenomen dat de taak van de schuldeiserscommissie tweeledig is.¹⁰ In het licht van: i) de tekst van artikel 74 lid 1 Fw; ii) de verplichting voor de curator om in de wet opgenomen gevallen advies te vragen aan de schuldeiserscommissie; en iii) de plicht van de commissie om te adviseren over een aangeboden akkoord (artikel 140 en 141 Fw) en voortzetting van de onderneming (artikel 173a lid 2 en 173c lid 3 Fw), kan de eerste taak van de schuldeiserscommissie worden omschreven als adviserend.¹¹ Echter, bevoegdheden als de mogelijkheid te allen tijde stukken betreffende het faillissement te raadplegen (76 Fw) en de mogelijkheid tegen iedere handeling van de curator op te komen of een bevel van de rechter-commissaris uit te lokken (artikel 69 Fw), maken dat de taak van de schuldeiserscommissie ook controle-rend is.¹² Daarbij geldt dat de schuldeiserscommissie zich bij het vervullen

7. Zie G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surseance van betaling*, 1897 deel II, Heruitgave bewerkt door S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 23.

8. *Van der Feltz II* (1897), p. 20.

9. Vergelijk: R.J. van Galen, ‘De crediteurencommissie in faillissement’, *TvI* 2000, p. 19 e.v.

10. Vergelijk punt 2.2.3 van de conclusie van A-G Wuisman vóór HR 6 juni 2014, *JOR* 2014/280 (Eurocommerce).

11. De curator is echter niet gebonden aan de adviezen van de commissie. Zie artikel 79 Fw.

12. Zie over de bevoegdheden van de schuldeiserscommissie in algemene zin ook punt 2.2.4 van de conclusie van A-G Wuisman vóór HR 6 juni 2014, *JOR* 2014/280 (Eurocommerce). Zie voorts: *Wessels Insolventierecht IV* (2015), nrs. 4277-4279; G.H. Gispen en B.S.J.M. van Gangelen, ‘Toetsing en advies door een commissie van schuldeisers’, in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *De bewindvoerder, een octopus*, Deventer: Kluwer 2008, p. 509 en Vriesendorp 2013, p. 205 e.v.

van deze taken dient te richten naar het belang van de gezamenlijke schuldeisers.¹³

2. Expertise als meerwaarde van de schuldeiserscommissie: de praktijk is anders

Volgens de wetgever zou de meerwaarde van de instelling van een schuldeiserscommissie vooreerst zitten in de aanwezigheid van bij de leden aanwezige bijzonder expertise, zoals technisch-commerciële kennis.¹⁴ Ook in (lagere) rechtspraak is geoordeeld dat de instelling van een voorlopige commissie van schuldeisers zou moeten steunen op aanwezigheid van specifieke (niet-juridische) deskundigheid.¹⁵

In complexe faillissementen is echter de werkelijke meerwaarde van een schuldeiserscommissie veelal niet gelegen in de eventueel bij leden aanwezige expertise. Bij lastige technische vraagstukken gaat de curator beter te rade bij externe en onafhankelijke deskundigen, met echte expertise op het benodigde terrein. Het gaat dan bijvoorbeeld om vraagstukken op het gebied van databeheer en -analyse, waardering, schadeberekening, accounting, financiële verslaggeving, (specifieke of buitenlandse) regelgeving, forensische onderzoekers, bureaus voor *litigation support*, procesadvocaten en accountants. Zo hebben de curatoren van KPNQwest N.V. een beroep gedaan op (buitenlandse) advocaten, telecomconsultants, forensische experts en accountants.¹⁶ Het inwinnen van adviezen van dergelijke deskundigen gaat in de praktijk overigens doorgaans vóóraf aan het inwinnen van advies van de schuldeiserscommissie. De adviesaanvraag beperkt zich vervolgens tot de meest fundamentele onderwerpen van de afwikkeling van het faillissement. Hierin is dan de vooraf ingewonnen technisch-commerciële of andere niet-juridische expertise

13. *Van der Feltz II* (1897), p.21 en 23. Vergelijk ook: G. van Rooijen 'Afwijzing verzoek tot benoeming voorlopige commissie van schuldeisers' *Bb* 2014/85.

14. Zie: *Van der Feltz II* (1897), p. 23. Vergelijk: punt 2.2.2 van de conclusie van A-G Wuisman vóór HR 6 juni 2014, *JOR* 2014/280 (Eurocommerce). Artikel 74 lid 1 Fw bepaalt dat benoeming van een voorlopige commissie mogelijk is indien "de belangrijkheid of de aard des boedels daartoe aanleiding geeft". Echter, door de Rb 's-Hertogenbosch is ook wel het criterium van 'meerwaarde voor de boedel' gehanteerd als relevante maatstaf voor instelling van een schuldeiserscommissie. Zie: Rb 's-Hertogenbosch, 1 augustus 2007, *JOR* 2007/256 (*Villa Happ*). In die zaak was de doorstart al gerealiseerd, ontbraken belangrijke afwikkelingskwesties en lag géén uitkering in het verschiet. De rechtbank oordeelde dan ook dat benoeming van een commissie geen meerwaarde had.

15. Rb Rotterdam, 21 juni 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BA7839 (Novacap).

16. Zoals bijvoorbeeld Milbank, Crowel & Moring, Grant Thornton en SBV Forensics. Zie het 27ste openbare faillissementsverslag van 14 september 2012, beschikbaar op www.rechtspraak.nl, laatst geraadpleegd op 11 augustus 2015.

verwerkt. De praktijk is dan ook dat de door de wetgever aangevoerde meerwaarde van het instrument van de schuldeiserscommissie in de praktijk niet hetgeen is dat de daadwerkelijke meerwaarde creëert. Deze schuilt in andere aspecten van het fungeren van een commissie.

3. Riskmanagement: de schuldeiserscommissie als slijpsteen voor de geest

In dit verband is een eerste vorm van daadwerkelijke meerwaarde van de aanwezigheid van een schuldeiserscommissie dat het proces van (voorbereiden van) het inwinnen van het advies en de daarop volgende gedachtewisselingen en beraadslagingen in de commissievergadering een zorgvuldige en doordachte besluitvoorbereiding en -vorming door de curator afdwingt.¹⁷

Deze afgedwongen doordenking van besluitvoorbereiding en -vorming komt het meest naar voren bij de afwikkelingsbeslissingen die veel impact hebben op het verloop van het faillissement. Voorbeelden van dergelijke beslissingen zijn het aanvangen, voeren of schikken van grote procedures en het voortzetten dan wel afstoten van bedrijfsonderdelen.¹⁸ Het proces in dergelijke kwesties brengt veelal mee dat de commissie zal vragen naar een motivering en toelichting van het besluit en om stukken ter adstructie en analyse die het voorgenomen besluit kunnen ondersteunen en in haar context plaatsen. Het gaat in dat verband zowel om (tactisch-)juridische kwesties als niet-juridische kwesties. De curator zal zich in dit verband adviezen en analyses van derden eigen moeten maken en zijn eigen opvattingen vormen over juridische kwesties aan de hand van eigen onderzoek. Aldus scherpt de curator zijn of haar inzicht door het proces van de adviesaanvraag¹⁹ en demonstreert deze tevens de nodige inzet en nauwgezetheid in de aan hem opgedragen taakuitoefening.

Door deze gedwongen doordachte besluitvoorbereiding verlaagt de curator zijn eigen risicoprofiel. Nu de Maclou-norm de kwaliteiten ‘inzet’ en ‘nauwgezetheid’ tot belangrijke toetssteen heeft verheven, neemt de kans op persoonlijke aansprakelijkheid voor de curator – dan wel aansprakelijkheid van de boedel

17. Vergelijk: Van Rooijen 2014.

18. Artikel 78 Fw. Vergelijk: Vriesendorp 2013, p. 212.

19. Zie voor gedachten over de interactie tussen de curator en de schuldeiserscommissie B.P.A. Santen en S.E. Castaño Ortiz, ‘Na HR 6 juni 2014: Een hernieuwd pleidooi voor rechterlijke facilitering van de voorlopige crediteurencommissie’ *TvI* 2015, 8. In dit artikel gaan de auteurs onder andere in op de *agency theory*, volgens welke de agent (i.c. de curator) handelt namens en voor de principalen (in dit geval de schuldeisers), en deze twee zich in een “agency relatie” tot elkaar verhouden. Deze theorie ondersteunt de vruchtbare *monitoring* gedachte die uitgaat van de schuldeiserscommissie.

– af.²⁰ Met andere woorden: het mes van de afgedwongen besluitvoorbereiding snijdt ten minste aan twee kanten: het proces biedt zowel de mogelijkheid van het verwerven van verdiept inzicht in de positie van de boedel als de mogelijkheid te verwijzen naar de betoonde inzet en nauwkeurigheid van de curator tot bescherming tegen verwijten van vermeend onzorgvuldig handelen.

Juist bij de grotere faillissementen is het gedegen omgaan met en vastleggen van het proces van besluitvoorbereiding en -beslissing een harde noodzakelijkheid. In dergelijke faillissementen kopen zich vaak de meer assertieve (*distressed*) fondsen in; ook al voorafgaand aan de faillietverklaring. Daarbij overstijgt het nominale belang van opgekochte vorderingen in de grotere gevallen geregeld de voor de curator beschikbare voor aansprakelijkheid verzekerde som. Het zijn juist schuldeisers met dergelijke vorderingen die juridische procedures tegen curatoren niet schuwen. In dit verband kan bijvoorbeeld worden gewezen op de reeks procedures in het faillissement van Jomed.²¹ In deze procedures werd de kaart van de persoonlijke aansprakelijkheid indirect gespeeld; onder andere door als belang voor de vorderingen - veelal tot openlegging van stukken - de wens aan te voeren zich een gefundeerd oordeel te kunnen vormen over de vraag of de belangen van de *distressed investors* naar behoren behartigd werden. Een ander voorbeeld is een tegen KPNQwest gevoerde procedure.²² Het betrof in die procedure *hegdefund Elliott*: bij uitstek een activistische belegger.²³

In de omgang met professionele *distressed* beleggers is het verstandig om als curator alle formeel vereiste, processuele stappen nauwgezet te doorlopen bij de voorbereiding en uitvoering van het werk. Dit geldt in het bijzonder ook voor de omgang met de schuldeiserscommissie. In een dialoog met partijen schept een gedegen besluitvoorbereiding de speelruimte die een curator nodig heeft om zich in zijn taakuitoefening te blijven richten naar het belang van de gezamenlijke schuldeisers. De schuldeiserscommissie kan in dit verband als vliegwiel dienen voor de kwaliteit van het besluitvormingsproces en tevens de curator beschermen tegen claims van (professionele) schuldeisers.

20. HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727 (Maclou) en HR 16 december 2011, *NJ* 2012, 515 (Prakke/Gips). Zie ook de Praktijkregels voor Curatoren, die met name prudentie ademen.

21. Bijvoorbeeld de rechtsgang uitmondend in HR 21 januari 2005, *JOR* 2005/104, *NJ* 2005, 249 (Jomed I) en HR 21 januari 2005, *JOR* 2005/105, *NJ* 2005, 249 (Jomed II). Zie hierover ook R.J. Schimmelpenninck, 'Beïnvloedingsmogelijkheden van schuldeisers' in R.S. Meijer e.a. (red.) *Uit de Praktijk*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 231-241.

22. Rb Haarlem 14 juni 2012, *RI* 2012, 96 (KPNQwest).

23. Elliott is o.a. ook succesvol actief (geweest) in de handel van staatsobligaties van landen met betalingsproblemen (o.a. Argentinië en Peru).

4. De schuldeiserscommissie als prisma voor draagvlak en focus

4.1 *De schuldeiserscommissie zorgt voor draagvlak*

Niet alleen dwingt de aanwezigheid van een schuldeiserscommissie een zorgvuldige besluitvoorbereiding en -vorming af, ook draagt een positief advies bij aan draagvlak onder de schuldeisers voor een voorgenomen beslissing.²⁴ Dit geldt in het bijzonder voor ingewikkelde beslissingen, waaraan zowel stevige voor- als niet onbelangrijke nadelen kleven of waar noodzakelijk geachte beslissingen tevens stevige impact kunnen hebben op belangrijke *stakeholders* in het faillissement.

Draagvlak voor de voorgenomen beslissing van de curator kan tevens tot steun zijn voor de curator in het verdedigen van zijn beleid in het geval dit door een of meer schuldeisers via bijvoorbeeld de route van artikel 69/67 Fw ter discussie wordt gesteld. Een positieve stem vanuit de schuldeiserscommissie vormt een basis voor het ondersteunen van het oordeel dat het belang van de gezamenlijke schuldeisers kennelijk is gediend met uitvoering van het betreffende beleidsvoornemen.

4.2 *Schuldeiserscommissie vormt een benchmark voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers*

Verder is het aan de borst drukken van een representatieve groep schuldeisers van bijzondere meerwaarde doordat zij een *benchmark* is voor de vraag of de curator nog wel op het juiste spoor zit met het door hem voorgenomen beleid.²⁵ Zo kan de curator door het consulteren van de schuldeiserscommissie nagaan of emoties en/of ingenomen posities hem ervan weerhouden de werkelijke achterliggende belangen van de gezamenlijke schuldeisers op optimale wijze te blijven behartigen.²⁶

Immers, ook in uitdagende omstandigheden dient de curator volgens de regelen der kunst te (onder)handelen. Dit betekent dat hij voortdurend oog dient te

24. Zie ook J.J. van Hees in zijn noot onder HR 6 juni 2014, *JOR* 2014/280 (Eurocommerce). De wetsgeschiedenis vermeldt het creëren van draagvlak als een van de redenen om de mogelijkheid te bieden *an sich* een schuldeiserscommissie te benoemen. Zie: *Van der Feltz II* (1897), p. 20.

25. De commissie is hiertoe bij uitstek geschikt, nu zij ook in de wetsgeschiedenis is aangemerkt als ‘college van mannen van vertrouwen ter behartiging der gemeene belangen’. Zie: *Van der Feltz II* (1897), p. 21.

26. Zie voor het effect van ingenomen posities: R. Fisher e.a., *Excellent Onderhandelen* (Harvard Negotiation Project), Amsterdam: Business Contact 2014 (43^e druk), p. 21 e.v.

blijven houden voor de achterliggende belangen en zich niet laat leiden door ingenomen posities of door dwarszittende of begrijpelijkerwijze in het proces opkomende emoties.²⁷ De permanente dialoog rondom de advisering over de belangrijkere topics in het faillissement met de schuldeiserscommissie stimuleert de curator voortdurend terug te keren naar de werkelijke achterliggende belangen die hij op grond van zijn taak dient te behartigen. Zonder de eigen verantwoordelijkheid te ontgaan, kan de curator onder lastige omstandigheden emoties en posities loslaten en verwijzen naar de schuldeiserscommissie als representant van de schuldeiserspopulatie. Hierdoor objectiveert de curator in feite zijn onderhandelingspositie en kan hij zich richten naar de ingeschatte bereidheid van zijn ‘achterban’ om zich al dan niet te scharen achter een bepaalde oplossing.²⁸

5. Randvoorwaarde: optimale samenstelling en regulering schuldeiserscommissie

Randvoorwaarde bij gebruikmaking van het instrument van de schuldeiserscommissie is wel dat de curator - binnen zijn mogelijkheden - waakt voor zowel de evenwichtige samenstelling van de commissie als de correcte aanwending van bevoegdheden door de commissie.²⁹ Bij het vormen van een goed functionerende schuldeiserscommissie is de vraag in hoeverre een (potentieel) tegenstrijdig belang van een schuldeiser in de weg staat aan het benoemen van een schuldeiserscommissie dan wel het zitting nemen door een schuldeiser in de schuldeiserscommissie. Daarnaast bestaat het risico dat benoemde leden de informatiebevoegdheden die de schuldeiserscommissie toekomen niet op cor-

27. Zie R. Fisher e.a., t.a.p. 39 e.v., 71 e.v.

28. Via dit mechanisme is in het faillissement KPNQwest N.V. in het voorjaar van 2014 een grote schikking met onder andere voormalig bestuur en commissarissen uitonderhandeld. In grotere situaties wordt de achterban veelal gevormd door hedgefonds.

29. Zie ook: J.L.M. Groenewegen en M.J.H. Orval, ‘De schuldeiserscommissie “nieuwe stijl”’, in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *De bewindvoerder, een octopus*, Deventer: Kluwer 2008, p. 532 e.v. Het waken voor een goede gang van zaken begint met het maken van afspraken met de leden omtrent het betrachten van de nodige vertrouwelijkheid. Zie over de problematiek rondom de vraag in hoeverre het schenden van dergelijke afspraken onrechtmatig is: Pres. Rb Haarlem, 15 januari 2007, *JOR* 2007/59 (KPNQwest). Vergelijk over de noodzaak voor een evenwichtige samenstelling van de schuldeiserscommissie naar Amerikaans recht *In re Park Circle Realty, LLC*, 2010 WL 3219531 (Bankr. S.D.N.Y. 2010): “*Although committees do not necessarily need to reflect the precise composition of the creditor body, committees should adequately represent the various creditor types.*”

recte wijze aanwenden.³⁰ Dit laatste is met name aanlokkelijk voor schuldeisers die hun informatiepositie willen verbeteren ten behoeve van hun eigen doelstellingen en belangen. In dit verband kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het onderbouwen van een individuele onrechtmatige daadactie op grond van de Beklamel-norm.³¹

In het verband van bovenstaande problematiek kan worden gewezen op het arrest van de Hoge Raad inzake Eurocommerce.³² In dit arrest haalt de Hoge Raad de overwegingen van de rechtbank in deze zaak aan:

“3.3. De rechtbank heeft het verzoek van de Banken afgewezen. De overwegingen waarop deze beslissing berust, kunnen als volgt worden samengevat.

(...)

(v) Gelet op de verschillende hoedanigheden waarin de Banken met [verweerder] te maken hebben, de verwevenheid tussen de faillissementen van de Eurocommerce-vennootschappen met het faillissement van [verweerder], en de door de Banken gedane aangifte van fraude en valsheid in geschrifte van [verweerder], kan niet worden uitgesloten dat het belang van de Banken bij een crediteurencommissie in strijd komt met het belang bij een correcte afwikkeling van het faillissement van [verweerder] in privé.

Het gevaar bestaat dat de Banken – met gebruikmaking van de bevoegdheid van de crediteurencommissie te allen tijde inzage te vorderen in alle boeken, bescheiden en andere gegevensdragers die het faillissement van [verweerder] betreffen, en van de verplichting van de curator en de failliet om alle verlangde inlichtingen te verstrekken – informatie vergaren die zij zonder de positie van lid van de crediteurencommissie niet zouden hebben verkregen en deze informatie niet (alleen) ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement van [verweerder] gebruiken. Het risico dat oneigenlijk gebruik zou kunnen worden gemaakt van de bevoegdheden die een crediteurencommissie heeft, staat eveneens aan toewijzing van het verzoek van de Banken in de weg. (rov. 7.5)

30. Zie voor deze informatiebevoegdheden artikel 76 Fw. Zie over dit artikel onder andere W.J.M. van Andel en T.T. van Zanten, ‘Informatieverschaffing door de curator in faillissement’ in J.J. Reiziger en A. van der Schee (red.), *INSOLAD jaarboek 2013, De Curator en Informatie*, Deventer: Kluwer 2013, p. 29-51 en F.M.J. Verstijlen, ‘Wat niet weet, deert. Informatierechten van schuldeisers’, *TvI* 2010, 33.

31. HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286 (Beklamel).

32. HR 6 juni 2014, *JOR* 2014/280 (Eurocommerce).

De stem van de schuldeisers als gereedschap van de curator

(...)

Op grond van een en ander is de rechtbank tot het oordeel gekomen dat er thans geen aanleiding is om op de voet van art. 74 Fw een voorlopige commissie uit de schuldeisers te benoemen.

Door aldus te oordelen heeft de rechtbank geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot art. 74 Fw. (...)

Met andere woorden, het risico op een tegenstrijdig belang is een omstandigheid die kan bijdragen aan de conclusie dat geen voorlopige schuldeiserscommissie zal worden ingesteld. In de bovenstaande casus uitte zich dat in het risico dat de financiers van de Eurocommerce-groep slechts zitting wilden nemen in het privéfaillissement van de bestuurder van de groep om hun positie in het faillissement van de groep te verbeteren en niet om de gezamenlijke belangen van de bestuurder te dienen. Uiteraard kan dit tegenstrijdig belang ook een andere vorm aannemen.

Onduidelijk is of een dergelijk risico op een tegenstrijdig belang ook in de weg staat aan het benoemen van een definitieve schuldeiserscommissie. Daar een dergelijke benoeming geen discretionaire bevoegdheid van de rechter-commissaris is,³³ lijkt dit niet het geval voor de vraag óf een commissie wordt benoemd. De beslissing hoeveel en welke leden deel uitmaken van deze commissie is echter wel een discretionaire bevoegdheid.³⁴ In dat verband bestaat geen reden om aan te nemen dat het risico op oneigenlijk gebruik dan voor de benoemend rechter-commissaris geen factor van belang zou kunnen zijn.

Hoe nu dient bepaald te worden of een risico op oneigenlijk gebruik aanwezig is? In dit verband is in de literatuur terecht gesignaleerd dat tegenstrijdige belangen inherent zijn aan een faillissement.³⁵ Dit betekent echter niet dat aanwezigheid van dergelijke belangen ons inziens niet zou moeten kunnen leiden tot het niet benoemen van een lid dan wel het uitsluiten van deelname

33. Zie punt 10 van de conclusie van J.J. van Hees onder HR 6 juni 2014, *JOR* 2014/280 (Eurocommerce).

34. *Van der Feltz II* (1897), p. 28.

35. G.H. Gispén 'Enkele praktische beschouwingen over crediteurencommissies' in I. Spinath, J.E. Stadij en M. Windt (red.), *INSOLAD jaarboek 2009 Curator en Crediteuren*, Deventer: Kluwer 2009, p. 58 en 61. Zie over belangenconflicten en faillissement in het algemeen: B.P.A. Santen & R. van Hoof, 'Het belangenconflict van de faillissementscurator', in: B. Assink e.a., *Toekomst van het Ondernemingsrecht 2015*.

van een lid aan de beraadslaging en besluitvorming.³⁶ Daarbij zou voor wat betreft de maatstaf voor niet-benoeming/uitsluiting kunnen worden aangesloten bij het in het vennootschapsrecht ontwikkelde leerstuk rondom tegenstrijdig belang.³⁷ Dat zou er op neer komen dat een schuldeiser een tegenstrijdig belang heeft indien hij een persoonlijk belang heeft dat in strijd is met dat van de gezamenlijke schuldeisers, of indien hij betrokken is bij een ander, niet met de belangen der schuldeisers parallel lopend belang, en daardoor niet in staat moet worden geacht om de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld lid mag worden verwacht.³⁸ Indien de belangentegenstelling inherent is aan de positie van de schuldeiser staat dat wat ons betreft diens benoeming in de weg.³⁹ Indien het 'conflict' slechts een of meer onderwerpen van de afwikkeling betreft, dan lijkt ons benoeming op voorhand niet onmogelijk en kunnen afspraken omtrent het zich in dergelijke gevallen onthouden van beraadslagen en stemmen in beginsel volstaan.

Gerelateerd aan de problematiek van het tegenstrijdig belang is het vraagstuk rondom de informatiebevoegdheden van de schuldeiserscommissie. Het risico kan bestaan dat leden van de schuldeiserscommissie de aan hen in hun hoedanigheid verstrekte informatie gebruiken in het kader van de behartiging van hun individuele belangen. Zoals uit het hierboven weergegeven citaat volgt, is dit een omstandigheid die in de weg kan staan aan het benoemen van een voorlopige schuldeiserscommissie. Ons inziens is dit terecht. Het toelaten van het gebruik van aan de commissie verstrekte informatie ter versterking van de positie van een individuele schuldeiser miskent dat het belang van de individuele schuldeiser niet kan worden vereenzelvigd met dat van de gezamenlijke schuldeisers. Het moge zo zijn dat de schuldeisers voornamelijk hun eigen positie benadeeld zien indien de schuldeiserscommissie buiten haar informatiebevoegdheden treedt,⁴⁰ het inroepen van elke bevoegdheid vindt begrenzing in misbruik, zowel in het geval dat dit de gehele commissie betreft als in het

36. Anders: Gispen 2009, p. 58 en 61.

37. Vergelijk: artikel 2:239 lid 6 BW.

38. De Hoge Raad heeft in de vennootschapsrechtelijke context geoordeeld dat het voor de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang niet is vereist dat een bepaalde handeling – bijvoorbeeld deelname aan een schuldeiserscommissie – daadwerkelijk tot benadeling leidt. Voldoende is dat sprake is van zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of een bestuurder (lees: lid) zich bij zijn handelen uitsluitend laat leiden door het belang van de vennootschap. Zie: HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 420 (Bruil).

39. In dit verband geldt in het vennootschapsrecht dat de enkele schijn van een tegenstrijdig belang niet voldoende is, maar het bestaan van een potentieel tegenstrijdig belang wel. Zie: Kamerstukken 2008/2009, 31763, nr. 3, p. 12.

40. Vergelijk R.J. van Galen 2000 in noot 15 met een beroep op de wetsgeschiedenis.

geval een individueel lid over de schreef zou gaan.⁴¹ Door andere auteurs is in dit verband het nut en de noodzaak beschreven van het (al dan niet contractueel) inperken van de bevoegdheden informatie te verkrijgen en vrijelijk te gebruiken.⁴²

Het risico van een te ruime bevoegdheid om informatie te gebruiken, is dat schuldeisers de waarborgen voor de uitoefening van legitieme informatie-rechten omzeilen. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de waarborgen neergelegd in artikel 843a Rv. Dit betreft onder andere de waarborgen van rechtmatig belang en specificiteit, maar ook de noodzaak overige relevante belangen te respecteren, zoals het voorkomen van een *'fishing expedition'*; de wijze van inzageverschaffing; het verschoningsrecht; de privacy en de behoorlijke rechtsbedeling. Het is om deze redenen dat de informatiebevoegdheden die de schuldeiserscommissie toekomt niet anders zouden mogen worden gebruikt dan voor het doel dat de schuldeiserscommissie dient: het behartigen van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.

6. Conclusie

Er zou in méér faillissementen dan thans gebruikelijk een schuldeiserscommissie moeten worden geformeerd.⁴³ Dat is goed voor de kwaliteit van de afwikkeling en de te boeken resultaten in die faillissementen. Met name de besluitvoorbereiding en de dialoog met de commissie omtrent het inwinnen van haar adviezen draagt daar aan bij. Het dwingt tevens de curator om steeds, ook onder uitdagende omstandigheden, het belang van de schuldeisers voorop te blijven stellen. Hij kan zich daarbij in belangrijke mate richten naar de melodie van het meerstemmige koor van de schuldeisers, mits hij de valse c.q. tegenstrijdige klanken, die daaruit soms óók kunnen opstijgen, wel van de hem opgedragen partituur, te weten de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, kan blijven onderscheiden.

41. Zie art. 3:13 BW.

42. Zie onder andere *Wessels Insolventierecht IV* (2015), nr. 4281; B.P.A. Santen en S.E. Castaño Ortiz 2015 en Van Rooijen 2014.

43. Zie Van Rooijen 2014. Vergelijk tevens de stemuitslag tijdens het congres 'Eyes on Insolvency' ten aanzien van de stelling dat in beginsel (indien redelijkerwijs mogelijk) in ieder faillissement een schuldeiserscommissie zou moeten worden ingesteld. 43% van de aanwezigen verklaarde zich vóór deze stelling. Zie: <http://www.eyesoninsolvency.nl/stemuitslag-eyes-on-insolvency/>.