

Vennootschapsorganen in insolventieprocedures

*Een juridisch-dogmatisch en rechtsvergelijkend onderzoek naar de
positie van vennootschapsorganen tijdens faillissement, surseance
van betaling en de Wet homologatie onderhands akkoord*

WOORD VOORAF

Op 5 oktober 2026 vond de promotie plaats van mr. drs. M.E.N. van Haren aan de Radboud Universiteit Nijmegen op haar onderzoek naar vennootschapsorganen in insolventieprocedures. Promotoren zijn prof. mr. S.C.J.J. Kortmann en prof. mr. C.D.J. Bulten. De studie verschijnt als deel 207 in de Serie vanwege het Van der Heijden Instituut.

Wanneer een kapitaalvennootschap zich in een insolventieprocedure bevindt, verschijnt een insolventiefunctionaris op het toneel. Dat kan zijn de curator in faillissement, de bewindvoerder tijdens surseance van betaling of de herstructureringsdeskundige in de procedure van de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA). Met de komst van een insolventiefunctionaris is het de vraag wat een insolventieprocedure nu betekent voor de rechtspositie van de vennootschap en haar organen. Die organen bestaan als elementen van de vennootschappelijke organisatie tijdens de insolventieprocedure namelijk voort. De rechten, plichten en bevoegdheden van vennootschapsorganen tijdens een insolventieprocedure zijn echter niet allemaal expliciet wettelijk geregeld. Het is niet duidelijk wanneer de bevoegdheden van een insolventiefunctionaris strijdig zijn met die van een vennootschapsorgaan. Specifieke wetsbepalingen over een mogelijke verdeling van bevoegdheden tussen de insolventiefunctionaris aan de ene kant en de organen van de schuldenaar aan de andere kant zijn er evenmin. De insolventiefunctionaris ontleent daarbij zijn bevoegdheden aan de Faillissementswet, terwijl de vennootschap en haar organen worden beheerst door de regels uit Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de statuten. Op dit snijvlak van het insolventierecht en het vennootschapsrecht speelt deze studie zich af.

Tot op heden is er in de literatuur weinig aandacht voor de rechtspositie van vennootschapsorganen in insolventieprocedures. Aan het eind van de vorige eeuw hebben enkele auteurs zich verdiept in de vennootschapsorganen in de traditionele insolventieprocedures uit de Faillissementswet, te weten het faillissement en surseance van betaling. Op grond van de Richtlijn (EU) 2019/1023 heeft de Nederlandse wetgever op 1 januari 2021 de WHOA als derde insolventieprocedure ingevoerd. Er bestaat tot nu toe geen rechtswetenschappelijke literatuur die de positie van vennootschapsorganen in alle insolventieprocedures integraal in kaart brengt. Het onderzoek van Van Haren voorziet in die leemte.

Van Haren analyseert zorgvuldig wat elk van de insolventieprocedures betekent voor de juridische positie van de organen van de schuldenaar. Om tot een goed begrip van de positie van de afzonderlijke vennootschapsorganen in insolventie te komen, bespreekt Van Haren in hoofdstuk 2 eerst de algemene invloed van de drie insolventieprocedures op de schuldenaar. In de daaropvolgende hoofdstukken gaat zij gedetailleerd in op de positie van elk van de respectieve vennootschapsorganen: de raad van bestuur, de raad van commissarissen en de algemene vergadering. In de hoofdstukken 3 en 4 komen de bevoegdheden en de verplichtingen van het bestuur in elk van de insolventieprocedures aan de orde. De hoofdstukken 5 en 6 bevatten achtereenvolgens een uitvoerige bespreking van de positie van de raad van commissarissen en

de algemene vergadering in de insolventieprocedures. De auteur sluit het boek in hoofdstuk 7 af met een samenvatting en conclusies.

Een belangrijk onderdeel van het onderzoek is een diepgaande rechtsvergelijking met het Duitse recht. Het Duitse rechtstelsel heeft grote invloed gehad op de ontwikkeling van de Nederlandse faillissementswetgeving. In tegenstelling tot in Nederland is er in de Duitse rechtsliteratuur wél uitgebreid geschreven over de juridische positie van vennootschapsorganen in de insolventieprocedure. Van Haren gaat daar uitvoerig op in en geeft de bevindingen uit de rechtsvergelijking geïntegreerd in alle hoofdstukken van het boek weer. Zij heeft daarbij telkens oog voor de verhouding met het Nederlandse recht en beschrijft welke nieuwe inzichten het Nederlandse recht uit de bestudering van het Duitse rechtstelsel kan opdoen.

Het proefschrift van Van Haren biedt aldus een systematische analyse van de positie van vennootschapsorganen in insolventieprocedures. De auteur formuleert een aantal belangrijke rechtsvragen die rijzen bij het onderzoeksonderwerp en voorziet deze vervolgens van een antwoord. Het proefschrift kan tevens als nuttig naslagwerk voor de rechtspraktijk dienen, zowel voor de ondernemingsrecht- als de insolventiejurist. Met het in kaart brengen van de positie van vennootschapsorganen in insolventieprocedures is het boek een waardevolle aanvulling op werken die eerder in de Serie vanwege het Van der Heijden Instituut verschenen. Wij nemen het werk daarom met plezier in onze Serie op.

C.D.J. Bulten (vz.)
G. van Solinge
M. van Olffen
M.P. Nieuwe Weme
J.B.S. Hijink
T. Salemink

VERKORTE INHOUDSOPGAVE

Woord vooraf / VII

Afkortingenlijst / XVII

HOOFDSTUK 1 **Inleiding / 1**

HOOFDSTUK 2 **De insolventieprocedures en hun algemene invloed op de vennootschap / 9**

HOOFDSTUK 3 **De bevoegdheden van het bestuur in insolventieprocedures / 43**

HOOFDSTUK 4 **De verplichtingen van het bestuur in insolventieprocedures / 101**

HOOFDSTUK 5 **De raad van commissarissen in insolventieprocedures / 147**

HOOFDSTUK 6 **De algemene vergadering in insolventieprocedures / 167**

HOOFDSTUK 7 **Samenvatting en conclusie / 221**

HOOFDSTUK 8 **Summary and conclusions / 229**

Lijst van verkort aangehaalde literatuur / 235

Jurisprudentielijst / 273

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1.1 Introductie

Als een vennootschap failliet is verklaard of aan haar surseance van betaling is verleend, doet de insolventiefunctionaris zijn intrede. Deze insolventiefunctionaris is de curator in faillissement en de bewindvoerder in surseance. De vraag is welke betekenis de komst van de insolventiefunctionaris heeft voor de vennootschap en haar organen.

De Faillissementswet stamt uit 1893. Deze kende tot voor kort slechts twee insolventieprocedures: faillissement en surseance van betaling. In 2021 is een nieuwe insolventieprocedure geïntroduceerd, die is genoemd naar de wet die haar invoerde, te weten de Wet homologatie onderhands akkoord: de WHOA-procedure. De daarin geïntroduceerde insolventiefunctionaris is de zogenoemde herstructureringsdeskundige. Dit geeft aanleiding tot de volgende vraag: 'Hoe verhouden de bevoegdheden van de vennootschapsorganen zich tot de taken van de curator, de bewindvoerder en de herstructureringsdeskundige?'

Voor de verdeling van de bevoegdheden tussen de insolventiefunctionaris en de organen van de vennootschap bestaat geen afzonderlijke wettelijke regeling. De insolventiefunctionaris ontleent zijn taken en bevoegdheden aan de Faillissementswet, terwijl de inrichting van de vennootschap en de verdeling van taken tussen de vennootschapsorganen worden beheerst door Boek 2 Burgerlijk Wetboek (BW) en statuten.

Hier tekenen zich twee systemen af. Het eerste is het systeem van het insolventierecht, zoals dat is neergelegd in de Faillissementswet. Het tweede is het systeem van het vennootschapsrecht, dat is geregeld in Boek 2 BW. Dit onderzoek speelt zich af op het snijvlak van deze twee systemen.

De Faillissementswet bevat opvallend weinig expliciete bepalingen voor het geval de schuldenaar in de insolventieprocedure een vennootschap is. Ook Boek 2 BW geeft nagenoeg geen uitdrukkelijke voorschriften voor de vennootschap die zich in een insolventieprocedure bevindt.

De opening van een insolventieprocedure betekent niet het einde van de vennootschap. De vennootschap en haar organen blijven in de insolventieprocedures, in elk geval nog enige tijd, voortbestaan. De vraag is hoe de taak en de bevoegdheden van de insolventiefunctionaris zich verhouden tot die van de organen.

Illustratief hiervoor is de vergelijking tussen de faillissementscurator en het bestuur van de schuldenaar. In faillissement heeft de curator als primaire taak het vereffenen van de boedel ten behoeve van de schuldeisers. De taak van het bestuur is het besturen van de vennootschap.

Tegen de achtergrond van die verschillende taken zoom ik in dit onderzoek in op de bevoegdheden en verplichtingen. Ik onderzoek welke bevoegdheden en verplichtingen nog kunnen of moeten worden uitgeoefend en nagekomen door de organen van de vennootschap in een insolventieprocedure. Dit duid ik tezamen aan als de positie van de vennootschapsorganen tijdens insolventieprocedures.

In Nederland hebben slechts enkele rechtsgeleerde auteurs zich gebogen over vennootschapsorganen in faillissement en in surseance van betaling.¹ De Wet homologatie onderhands akkoord (hierna: WHOA) is recent van kracht geworden en daarover bestaat nog geen rechtsliteratuur die de positie van vennootschapsorganen in die insolventieprocedure integraal in kaart brengt.

Daarentegen is in de Duitse rechtsliteratuur wel uitgebreid geschreven over dit onderwerp.² In het onderhavige onderzoek worden de inzichten uit het Duitse recht gebruikt om de positie van de organen tijdens insolventieprocedures te kunnen duiden.

De positie van vennootschapsorganen in insolventieprocedures verdient een nadere analyse, die in dit onderzoek wordt gemaakt.

1.2 Onderzoeksvragen en doelstelling

De hoofdvraag die in dit onderzoek centraal staat, luidt: *Wat is de positie van de organen van de vennootschap in de insolventieprocedures (faillissement, surseance van betaling en procedure op grond van de Wet homologatie onderhands akkoord)?*

Onder de organen van de vennootschap versta ik het bestuur, de raad van commissarissen en de algemene vergadering van aandeelhouders.³

Om de positie van de vennootschapsorganen inzichtelijk te maken, onderscheid ik de bevoegdheden en de verplichtingen die de organen hebben tijdens een insolventieprocedure. Ik stel aan de orde welke bevoegdheden en verplichtingen de vennootschapsorganen aan het vennootschapsrecht en aan de insolventieprocedure ontleen.

Ik heb de volgende deelvragen geformuleerd om de hoofdvraag te beantwoorden.⁴

1. Wat is de algemene invloed van de drie insolventieprocedures uit het Nederlandse insolventierecht op de vennootschap en haar organen? Deze deelvraag komt in hoofdstuk 2 aan de orde.

2. In hoeverre bestaan de bevoegdheden van het bestuur van de vennootschap voort tijdens faillissement, surseance van betaling en de WHOA-procedure? Deze deelvraag komt in hoofdstuk 3 aan de orde.

3. Welke verplichtingen hebben de bestuurders van de vennootschap tijdens de insolventieprocedures? Deze deelvraag komt in hoofdstuk 4 aan de orde.

1 Zie Kortmann 1993, p. 98-158; Van der Heijden 1996, p. 57-81; Verstijlen 2017a, p. 355-367; Reumers 2020, p. 31 en 118.

2 Zie 1.3.2 over de externe rechtsvergelijking uit dit onderzoek.

3 Zie 1.5 voor de afbakening van het onderzoek, waar wordt toegelicht dat de ondernemingsraad buiten beschouwing blijft.

4 Zie 1.4 voor het plan van behandeling.

4. Welke implicaties hebben het faillissement, de surseance van betaling en de WHOA-procedure voor de positie van de raad van commissarissen? Deze deelvraag komt in hoofdstuk 5 aan de orde.

5. In hoeverre wijzigen de insolventieprocedures de positie van de algemene vergadering van aandeelhouders? Deze deelvraag komt in hoofdstuk 6 aan de orde.

Ik wijd geen afzonderlijke deelvraag aan de insolventiefunctionaris. In dit onderzoek besteed ik doorlopend aandacht aan de taken van de insolventiefunctionaris, aangezien het voor de duiding van de positie van de vennootschapsorganen in insolventie (ook) nodig is om de bevoegdheidsverdeling tussen de organen en insolventiefunctionaris in kaart te brengen.

De overkoepelende doelstelling van het onderzoek is om de juridische positie van vennootschapsorganen tijdens insolventieprocedures naar geldend Nederlands recht te duiden. In § 1.4 beschrijf ik het plan van behandeling voor het onderzoek. Eerst ga ik in § 1.3 in op de twee methoden die ik in dit onderzoek hanteer om de doelstelling te bereiken.

1.3 Onderzoeksmethoden en verantwoording

1.3.1 Juridisch-dogmatische methode

In dit onderzoek maak ik gebruik van de juridisch-dogmatische onderzoeksmethode.⁵ Met behulp van deze methode beoog ik het bestaande recht systematisch te beschrijven en te ordenen en tracht ik oplossingen te vinden voor concrete rechtsvragen.

Mijn onderzoek heeft betrekking op het Nederlandse positieve recht. In deze studie onderzoek ik het geldende Nederlandse recht aan de hand van juridische literatuur, jurisprudentie, wetgeving en de parlementaire geschiedenis daarvan.

1.3.2 Externe rechtsvergelijking

De nadruk in dit onderzoek ligt op het Nederlandse recht. Ik gebruik de methode van de externe rechtsvergelijking om tot een beter antwoord te komen op de vragen.⁶ Ook zoek ik inspiratie in een buitenlands rechtstelsel om de geconstateerde knelpunten in het Nederlandse recht op te lossen.

In dit onderzoek maak ik gebruik van inzichten uit het Duitse recht. De positie van vennootschapsorganen in insolventieprocedures naar Nederlands recht staat centraal in dit onderzoek en daarom vindt de externe rechtsvergelijking op een geïntegreerde wijze plaats. Ik heb afgezien van een bespreking van het Duitse recht in een apart hoofdstuk. In plaats daarvan behandel ik de zienswijzen uit het Duitse recht die van belang zijn voor het onderzoek doorlopend in alle hoofdstukken.

De keuze voor het Duitse recht is allereerst ingegeven door de omstandigheid dat het systeem van het Duitse faillissementsrecht in niet onbelangrijke mate op het Nederlandse systeem lijkt. De Nederlandse faillissementswetgever heeft zich namelijk laten inspireren

⁵ Zie voor definities en beschrijvingen van juridisch-dogmatisch onderzoek nader Asser/*Vranken Algemeen deel* 2014/8; Van Gestel 2021, p. 286; Jansen 2016, p. 157; Smits 2015, p. 70-71; Smits 2016, p. 27.

⁶ Zie over externe rechtsvergelijking Asser/*Vranken Algemeen deel* 2014/147 en 152.

door Duitse faillissementsrechtelijke regels.⁷ Daarnaast heeft de Duitse wetgever net als de Nederlandse wetgever recent de Herstructureringsrichtlijn geïmplementeerd en daarmee per 1 januari 2021 een nieuwe insolventieprocedure geïntroduceerd.⁸

Het Duitse rechtssysteem is bovendien aansprekend voor het onderhavige onderzoek, omdat daarin, net als in Nederland, geldt dat de vennootschapsorganen als elementen van de vennootschapsrechtelijke organisatie voortbestaan tijdens de insolventieprocedure. De bevoegdheden van de vennootschapsorganen tijdens de insolventieprocedure zijn niet expliciet wettelijk geregeld. De Duitse rechtsliteratuur en rechtspraak doen veel moeite de bevoegdheidsverdeling tussen vennootschapsorganen en de faillissementscurator te duiden en hier richting aan te geven. Zo schetst men in de Duitse literatuur de kaders voor de bevoegdheidsverdelingen tussen de insolventiefunctionaris en de organen van de vennootschap.⁹ Met behulp van die kaders benadert men de afzonderlijke bevoegdheidsvraagstukken tussen de organen onderling en in verhouding tot de betrokken insolventiefunctionaris. De discussie over dit onderwerp en de met dit onderwerp samenhangende onderzoeksvragen bevindt zich in Duitsland in een verder gevorderd stadium. Tot slot is het vanwege de belangrijke handelsrelatie met Duitsland voor de Nederlandse rechtspraak dienstig kennis te hebben van de wijze waarop dit rechtssysteem omgaat met de problemen die centraal staan in deze studie. Daarom wordt juist de systematiek van het Duitse recht in de vergelijking betrokken.

1.4 Plan van behandeling

Dit proefschrift bestaat inclusief deze inleiding uit zes hoofdstukken en een conclusie.

In hoofdstuk 2 besteed ik aandacht aan de aard van de drie insolventieprocedures. Ik schets in grote lijnen de algemene gevolgen van de procedures voor de vennootschap. Het is namelijk nodig eerst inzicht te geven in de algemene invloed van de insolventieprocedures op de vennootschap, om in de volgende hoofdstukken te kunnen inzoomen op de positie van de vennootschapsorganen. Telkens behandel ik achtereenvolgens het faillissement, de surseance van betaling en de WHOA-procedure.

In de hoofdstukken 3 en 4 staat de positie van het bestuur van de vennootschap centraal. Ik onderzoek welke bevoegdheden en verplichtingen het bestuur heeft tijdens de insolventieprocedures. Ik beschrijf welke bevoegdheden en verplichtingen het bestuur kan ontleen aan het vennootschapsrecht en welke aan de insolventieprocedures.

In hoofdstuk 3 bespreek ik welke bevoegdheden het bestuur tijdens het faillissement, de surseance en de WHOA-procedure behoudt en welke bevoegdheden van het bestuur worden beperkt. Daarbij gaat het ook om het tegenspel dat het bestuur tijdens de insolventieprocedure kan bieden aan de insolventiefunctionaris.

In hoofdstuk 4 staan de verplichtingen van het bestuur in de drie insolventieprocedures centraal. Hierbij sta ik eerst uitgebreid stil bij de faillissementsrechtelijke verplichtingen van bestuurders in de insolventieprocedure, namelijk de verplichtingen tot het verschaffen van

⁷ Zie nader 4.2.

⁸ Zie nader 2.4.4.

⁹ Zie nader 2.2.

inlichtingen en het verlenen van medewerking. Dit is het enige onderwerp waarvoor de Faillissementswet wel enkele bepalingen bevat die de bestuurders van de vennootschap betreffen. In dit hoofdstuk bestudeer ik vervolgens enkele vennootschapsrechtelijke verplichtingen van het bestuur, te weten de administratieplicht en de jaarrekeningplicht, in het licht van insolventie.

In het vervolg van dit proefschrift worden de andere vennootschapsorganen bestudeerd. In hoofdstuk 5 sta ik stil bij de raad van commissarissen, zo die is ingesteld. Ik bespreek welke bevoegdheden de raad van commissarissen (nog) heeft tijdens een insolventieprocedure. De inlichtingen- en medewerkingsverplichtingen, die in hoofdstuk 4 zijn besproken, zijn ook voor de commissarissen relevant.

In hoofdstuk 6 bespreek ik de algemene vergadering en onderzoek ik in hoeverre de insolventieprocedures de positie van de algemene vergadering wijzigen.

Tot slot bevat hoofdstuk 7 de eindconclusie en de samenvatting van de belangrijkste bevindingen uit dit onderzoek. Hierin vloeien de lijnen uit dit onderzoek samen.

In dit boek is geprobeerd de hoofdstukken en paragrafen zoveel mogelijk zelfstandig leesbaar te maken. Daarom wordt regelmatig teruggegrepen op dezelfde grondgedachten. Deze aanpak maakt enige herhaling onvermijdelijk.

1.5 Afbakening

Het onderzoek is als volgt afgebakend.

Een eerste beperking betreft het type vennootschap. Ik behandel slechts kapitaalvennootschappen, in het bijzonder de besloten vennootschap (bv) en de naamloze vennootschap (nv).¹⁰ Mijn aandacht richt ik vooral op besloten vennootschappen met kleine tot middelgrote ondernemingen, aangezien dit de meest voorkomende vennootschappen zijn. Bovendien lijken de meeste faillissementen dit type ondernemingen te treffen.

Andere rechtspersonen en samenwerkingsverbanden vallen buiten het bestek van dit onderzoek. Vennootschappen waarvan de aandelen zijn toegelaten op de handel op een gereguleerde markt (beursvennootschappen) en vennootschappen waarop het structuurregime van toepassing is (structuurvennootschappen) vallen buiten het bestek van deze studie.¹¹ Dit onderzoek betreft uitsluitend niet-beursgenoteerde vennootschappen en niet-structuurvennootschappen.

Financiële instellingen en verzekeraars zijn ook uitgesloten van dit onderzoek, want daarvoor gelden bijzondere insolventierechtelijke regimes.¹²

De vennootschappen die ondernemingen drijven in het semipublieke domein vallen buiten de scope van dit onderzoek en met sectorale wet- en regelgeving (zoals wet- en regelgeving voor ondernemingen in de gezondheidszorg of het onderwijs) is geen rekening gehouden. Dit type vennootschappen (en dus ook hun organen tijdens insolventie) zal ik dan ook niet

10 Binnen het Duitse recht behandel ik de *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH) en de *Aktiengesellschaft* (AG).

11 Zie Titel 4, afdeling 6 (art. 152-165) en Titel 5, afdeling 6 (art. 262-275) van Boek 2 Burgerlijk Wetboek.

12 Zie bijv. afdelingen 11A (art. 212a-212f), 11AA (art. 212g-212nn) en 11B (art. 213-213kk) van Titel 1 van de Faillissementswet en deel 3a van de Wet op het financieel toezicht.

behandelen, hoewel ik niet uitsluit dat de bevindingen in dit onderzoek daarop tot op zekere hoogte analoog kunnen worden toegepast.

Een andere beperking betreft het type vennootschapsorgaan. Dit onderzoek is beperkt tot de wettelijk voorgeschreven en veelvoorkomende organen van de kapitaalvennootschap, te weten (i) het bestuur; (ii) de algemene vergadering van aandeelhouders; en (iii) de raad van commissarissen, zo die is ingesteld. Andere organen van de juridische organisatie van een kapitaalvennootschap, zoals een vergadering van houders van aandelen van een bijzondere soort of aanduiding, blijven buiten beschouwing.

Ik concentreer mij slechts op de algemene vergadering als orgaan van de vennootschap. Ik ga niet uitgebreid in op de positie van individuele aandeelhouders in de insolventieprocedures, omdat daarover al recent rechtswetenschappelijk onderzoek bestaat.¹³

Verder is deze studie beperkt tot de thans *wettelijk geregelde* insolventieprocedures in de Faillissementswet. Dit zijn het faillissement (Titel I), de surseance van betaling (Titel II) en de Wet homologatie onderhands akkoord (Titel IV, tweede afdeling).

De insolventieprocedure die uitsluitend van toepassing is op natuurlijke personen (de Wet schuldsanering natuurlijke personen, geregeld in Titel III Faillissementswet) blijft buiten beschouwing, omdat het onderzoek alleen is gericht op kapitaalvennootschappen.

Insolventierechtelijke instrumenten die ten tijde van het verrichten van deze studie niet wettelijk geregeld zijn, zoals de zogeheten 'pre-pack', heb ik niet bestudeerd.¹⁴ Het gaat in dit onderzoek uitsluitend om de vennootschap die zich in een 'formele' insolventieprocedure bevindt. Mijn studie is uitdrukkelijk niet gericht op een informele reorganisatie van de vennootschap bij financiële moeilijkheden.

De ondernemingsraad is op het niveau van de onderneming een belanghebbende bij de vennootschap, maar de positie van de ondernemingsraad blijft buiten beschouwing. Ik ontken niet het belang van onderzoek naar de positie van de ondernemingsraad tijdens insolventie, maar ik meen dat het onderwerp van de 'insolventiemedezeggenschap' een zelfstandig proefschrift rechtvaardigt. Over dit onderwerp zijn recent meerdere belangwekkende onderzoeken verschenen,¹⁵ die de blik mede richten op het aanhangige wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement.¹⁶

13 Zie over de positie van individuele aandeelhouders onder de WHOA uitgebreid: Moulen Janssen 2020, p. 242-259 en Mennens 2020, p. 167. Zie over de positie van individuele aandeelhouders in insolventie in het algemeen De Weijis 2008, p. 313.

14 Het wetsvoorstel *Wet Continuïteit Ondernemingen I* (WCO I) voorziet in een wettelijke basis voor de in de praktijk ontwikkelde 'pre-pack methode', ook wel 'stille voorbereidingsfase' genoemd. Deze methode houdt in dat de rechtbank op verzoek van een schuldenaar al voor een faillietverklaring in stilte aanwijst wie zij zal aanstellen als curator ('beoogd curator') en rechter-commissaris ('beoogd rechter-commissaris'), mocht het tot een faillissement komen. Het voorstel is aanhangig bij de Eerste Kamer, maar de behandeling ervan heeft lange tijd stilgelegen vanwege o.m. prejudiciële procedures bij het Hof van Justitie van de Europese Unie. In 2021 is er een Voorontwerp voor een Novelle bij de WCO-I gepubliceerd, die ervoor zorgt dat het toepassingsbereik van de wet wordt ingeperkt naar ondernemingen met activiteiten waarbij maatschappelijke belangen worden gediend, zoals ziekenhuizen en onderwijsinstellingen.

15 Zie o.m. Verburg (red.) 2025/76; Zaal 2020, p. 53-56; Van der Pijl 2019, par. 8.3; Schreurs 2018, p. 99-118; Van Mierlo 2017, p. 29-34; Huffman 2017, par. 27; Witteveen & Zaal 2016, p. 86-96; Huffman 2015, p. 87 en 251; Van Mierlo 2013, par. 5.1-5.6.

16 Zie Wetsvoorstel overgang van onderneming in faillissement ('WOVOF'), *Kamerstukken I* 2018/19, 34218, I, waarover nader Zaal 2020, p. 53-57; Van der Kuyl 2020, p. 81-86; Van Zanten 2020, p. 34-48.

Een beperking is voorts dat het onderzoek zich slechts uitstrekt over enkelvoudige verhoudingen. De eigen problematiek van concernverhoudingen in insolventie valt buiten het bestek van mijn onderzoek. Daarvoor verwijs ik naar de literatuur.¹⁷

Verder is de studie toegespitst op nationale gevallen. De problematiek van grensoverschrijdende groepsinsolventies en de daarmee samenhangende kwesties van internationaal privaatrecht, blijven buiten beschouwing.

Indien nodig is in de inhoudelijke hoofdstukken een nadere afbakening aangebracht.

1.6 Terminologie

In dit onderzoek gebruik ik de begrippen ‘vennootschap’, ‘schuldenaar’, ‘schuldenaar-vennootschap’ en ‘rechtspersoon’ als onderling inwisselbaar.

De curator in faillissement, de bewindvoerder in surseance en de herstructureringsdeskundige of observator in de WHOA-procedure duid ik gezamenlijk aan met de term ‘insolventiefunctionaris’.

Omwille van de leesbaarheid verwijs ik naar zowel de insolventiefunctionaris als naar een functionaris van de vennootschap (zoals de bestuurder en de commissaris) slechts met het mannelijk voornaamwoord. Waar staat ‘hij’, kan uiteraard ook ‘zij’ worden gelezen.

Het onderzoek is afgesloten op 1 juli 2025. Nadien verschenen wetgeving, jurisprudentie en literatuur zijn waar mogelijk verwerkt.

¹⁷ Zie o.a.: Reumers 2021, p. 285-295; Reumers 2020, p. 233-270; Roeffen & Smetsers 2017, p. 121-143; Van Aniel & Ten Brinke 2017, p. 1-3; Bartman 2017, p. 205-208; Kemp & Renssen 2014, p. 198-207; Schreurs 2019, p. 477; Dunki Jacobs & Van der Staaij 2023, p. 348.

De insolventieprocedures en hun algemene invloed op de vennootschap

2.1 Inleiding

Om de positie van de organen van de vennootschap tijdens insolventieprocedures te kunnen bepalen, is inzicht nodig in wat deze insolventieprocedures inhouden en wat deze betekenen voor de vennootschap. Dat inzicht tracht ik in dit hoofdstuk te geven. Daarmee vormt hetgeen hier aan de orde komt de opmaat naar de volgende hoofdstukken.

Het Nederlandse recht kent drie insolventieprocedures.¹ Het faillissement en de surseance van betaling zijn de ‘traditionele’ insolventieprocedures. Beide stammen uit 1893. Met de WHOA is in 2021 een nieuwe insolventieprocedure ingevoerd, de WHOA-akkoordprocedure.

Van elk van de drie insolventieprocedures werk ik eerst het karakter en de doelstelling uit. Daarna analyseer ik de algemene invloed van elk van de insolventieprocedures op de vennootschap. Hiervoor hanteer ik telkens een vermogensrechtelijk en vervolgens een vennootschapsrechtelijk perspectief.

Het gaat in dit hoofdstuk om de vennootschap als zodanig. De vennootschap is schuldenaar in de insolventieprocedure en zij handelt door haar organen. De bevoegdheden en verplichtingen van de afzonderlijke organen van de vennootschap tijdens insolventieprocedures komen aan bod in de hiernavolgende hoofdstukken.

Het hoofdstuk is als volgt opgezet. Eerst bespreek ik het faillissement (§ 2.2). Daarna komt de surseance van betaling aan de orde (§ 2.3). De WHOA-procedure staat centraal in § 2.4. In § 2.5 komen de lijnen uit dit hoofdstuk samen en volgt een synthese.

2.2 Faillissement

2.2.1 Karakter en doelstelling van het faillissement

Het faillissement is een gerechtelijk beslag op het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers.² Het doel van het faillissement is het vermogen van de schuldenaar te vereffenen ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en de opbrengst

¹ Zoals verantwoord in hoofdstuk 1 richt dit onderzoek zich alleen op kapitaalvennootschappen, waardoor de insolventieprocedure die alleen van toepassing is op natuurlijke personen (de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, geregeld in de derde titel van de Faillissementswet) buiten beschouwing blijft.

² Zo ook: *Van der Feltz I*, p. 339; *Molengraaff/Star Busman & Ribbius* 1936, p. 39; *Kortmann* 1988, p. 103; *Kortmann* 1993, p. 105; *Van der Heijden* 1996, p. 3; *Boekraad* 1997, p. 31 en 116; *Verstijlen* 1998, p. 23; *Wessels II* 2019/2006; *Asser Procesrecht/Verstijlen* 11 2025/6.

onder de gezamenlijke schuldeisers te verdelen.³ Het algemene faillissementsbeslag is het middel om die doelstelling te bereiken.⁴

Hieruit kan worden afgeleid dat het faillissement een wijze van verhaal is, waarbij in beginsel alle vermogensbestanddelen van de schuldenaar worden geëxecuteerd en de opbrengst onder zijn schuldeisers wordt verdeeld. In faillissement gaat het dus om de realisatie van de verhaalsrechten van de schuldeisers. Het collectieve karakter van de faillissementsprocedure waarborgt in zekere mate dat dit verhaal op een ordelijke en efficiënte wijze plaatsvindt.⁵ Met het faillissement worden afzonderlijke beslagen en executies door schuldeisers namelijk voorkomen of beëindigd. In plaats daarvan beoogt het faillissement met een gezamenlijk beslag ervoor te zorgen dat het vermogen van de schuldenaar onder al zijn schuldeisers wordt verdeeld met inachtneming van ieders recht.⁶

Het beslagkarakter van het faillissement hangt samen met de doelstelling ervan. Over het doel van het faillissement stelde de wetgever van 1893 het volgende:

“Het faillissement is gericht op vereffening van het vermogen van de schuldenaar.”⁷

en

“De instelling van het faillissement beoogt niets anders dan, bij staking van betaling door den schuldenaar, diens vermogen op eene billijke wijze onder al zijne schuldeischers, met eerbiediging van ieders recht, te verdeelen, en het geheele samenstel der bepalingen, welke in eene faillietenwet worden gevonden, heeft geen ander doel dan die billijke verdeling voor te bereiden, te waarborgen en te bewerkstelligen.”⁸

Het faillissement is primair gericht op opbrengstmaximalisatie via de vereffening van het vermogen van de gefailleerde.⁹ De curator, die met de faillietverklaring wordt aangesteld, is belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel (art. 68 Faillissementswet). Dat is zijn kerntaak.

De curator verricht zijn kerntaak in eerste instantie ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.¹⁰ Tot op zekere hoogte dient de curator in de afwikkeling van het faillissement ook rekening te houden met het belang van de schuldenaar.¹¹

3 HR 22 maart 1985, *NJ* 1985/548, m.nt. G; HR 22 juli 1988, *NJ* 1988/912; HR 13 oktober 1989, nr. 13722, *NJ* 1989/897, r.o. 3.2.

4 Molengraaff/Star Busmann & Ribbius 1936, p. 39–40; evenzo Kortmann 1993, p. 105.

5 Verstijlen 1998, p. 26. Vgl. Van Zanten 2012, p. 11; *Asser Procesrecht/Verstijlen* 11 2025/5 en 8.

6 Voor een vergelijking tussen het (collectieve) faillissementsbeslag en (individuele) beslagen buiten faillissement, zie bijv. Boekraad 1997, p. 22.

7 *Van der Feltz I*, p. 26; HR 1 april 1955, *NJ* 1955/542.

8 *Van der Feltz I*, p. 27; eveneens geciteerd in Van Zanten 2012, p. 11; Mennens 2020, p. 48.

9 Evenzo HR 17 april 2020, *NJ* 2020/234; HR 21 januari 2010, W 8970 (*Stroeve/Gonsalves q.q.*); HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727, m.nt. Kleijn (*Maclou*); HR 19 december 2003, *JOR* 2004/61, m.nt. J.J. van Hees (*Mobell/Interplan*). Vgl. ook Van den Berg 2019, p. 41 en 52, onder verwijzing naar Kortmann 1993, p. 105: “het vermogen wordt ‘verzilverd’.”

10 Wessels IV 2020/4167; Van Zanten 2012, p. 14; Verstijlen 1998, p. 79 e.v. Vgl. ook HR 16 december 2011, *JOR* 2012/65, m.nt. Spinath (*Prakke/Gips*): de curator oefent zijn taak uit in het belang van de (gezamenlijke) schuldeisers (r.o. 3.4.2). Zie over de begrippen ‘het belang van de gezamenlijke schuldeisers’ en ‘belang van de boedel’ o.m. Van Zanten 2012, p. 17.

11 Verstijlen 1998, p. 137–148; Wessels IV 2020/4172; *Asser Procesrecht/Verstijlen* 11 2025/578.