

20060301-049 12:09 0003

INSOLAD
Vereniging Insolventierecht Advocaten

Secretariaat:

Postbus 711
3000 AS ROTTERDAM
T. 010-4406442
E. 010-4406433

KvK nr. 40482067
Bankrekeningnr. 53.79.41.290

Ministerie van Veiligheid en Justitie
Zijne Excellentie de Minister van Veiligheid en Justitie
De weledelgestrenge heer mr. G.A. van der Steur
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Directie Wetgeving en Juridische Zaken
Ministerie van Veiligheid en Justitie

Coördinerend Raadadviseur
Ministerie van Veiligheid en Justitie
Directie Wetgeving en Juridische Zaken
Afdeling privaatrecht

Rotterdam, 26 februari 2016

Betreft: Wetsvoorstel voor Modernisering Faillissementsprocedure

Zijne Excellentie,

INSOLAD is de landelijke vereniging van advocaten die zich hebben gespecialiseerd in het insolventierecht. INSOLAD heeft meer dan 700 leden. Haar leden zijn advocaten die optreden als curator en/of partijen bijstaan die betrokken zijn bij faillissementen, surseances van betaling, schuldsaneringen en buitengerechtelijke reorganisaties.

INSOLAD is voorstander van modernisering van de Faillissementswet. INSOLAD wijst graag nog eens op haar voorstel en advies van 13 december 2012 om meerdere wetsartikelen te wijzigen op punten die zeer waarschijnlijk niet controversieel zijn. Het voorstel van 13 december 2012 wordt

hierbij bijgesloten. INSOLAD is verheugd dat verschillende voorstellen in dit wetsvoorstel zijn verwerkt, maar INSOLAD acht nog meer voorgestelde wijzigingen wenselijk en mogelijk. In de tekst zal hiernaar nader worden verwezen.

Algemene inleidende opmerkingen

Gesteld wordt dat het wetsvoorstel naar verwachting een bijdrage levert aan de snelheid van de procedure voor de afwikkeling van een faillissement en dat de kosten die met de afwikkeling gemoeid zijn worden beperkt. INSOLAD merkt in algemene zin op dat met dit wetsvoorstel en de daarbij verstrekte Memorie van Toelichting niet werkelijk de problemen bij de afwikkeling van faillissementen zoals deze in de praktijk blijken worden aangepakt. De Memorie van Toelichting gaat ook aan sommige oorzaken van problemen voorbij. Zo wordt in de Memorie van Toelichting niet vermeld dat voor de 40% van de faillissementen die niet binnen 24 maanden worden afgewikkeld, op basis van cijfers uit 2010, zulks veroorzaakt wordt door het feit dat in die faillissementen veelal een gerechtelijke procedure moet worden gevoerd. Het voeren van een bodemprocedure duurt in Nederland twee à drie jaar alvorens een vonnis wordt verkregen. In geval van hoger beroep en cassatie loopt dat op tot zes à tien jaar. De vertraging in de afwikkeling van het faillissement is dan niet aan de handelen van de curator te wijten¹.

De Memorie van Toelichting doet voorkomen alsof de afwikkeling van een faillissement wordt versneld door de mogelijkheden voor concurrente schuldeisers te beperken om vorderingen op het laatste moment ter verificatie bij de curator in te dienen. In de praktijk plegen juist de concurrente crediteuren veelal binnen twee weken na het uitspreken van het faillissement hun vorderingen in te dienen. In veel faillissementen wordt al gebruik gemaakt door de curatoren en de crediteuren van een digitale indiening van vorderingen, bijvoorbeeld via www.crediteurenlijst.nl. De werkelijke vertraging bij het afwickelen van het overgrote deel van de faillissementen ligt echter in de lange periode die het UWV nodig heeft, veelal circa één jaar, om de vordering wegens het doorbetalen van loon aan werknemers van gefailleerde in de faillissementsperiode in te dienen. Daar dit een hoog preferente boedelvordering van het UWV is, kan het faillissement niet worden afgewikkeld totdat die vordering voor de curator bekend is.

Tenslotte benoemt de Memorie van Toelichting niet dat in het overgrote deel van de faillissementen aan de crediteuren in Nederland geen uitkering kan plaatsvinden. De boedels zijn ofwel geheel leeg of de opbrengst van de activa is volledig voor de separatisten dan wel de opbrengst is zodanig beperkt dat alleen boedelschuldeisers geheel of gedeeltelijk kunnen worden betaald. Er wordt op basis van ouder onderzoek gesteld dat slechts in circa 5% van de uitgesproken faillissementen een uitkering aan concurrente crediteuren plaatsvindt. Dat betekent dat de versnelde indiening van vorderingen door crediteuren in die faillissementen feitelijk geen invloed heeft op de duur van de afwikkeling van het faillissement omdat niet aan verificatie van die vorderingen wordt toegekomen in circa 95% van de faillissementen waarin deze pre-faillissementscrediteuren sowieso geen uitkering gaan ontvangen.

De Memorie van Toelichting is volgens INSOLAD toegesneden op een paar weinig voorkomende grote faillissementen zoals DSB, maar de voorgestelde wijzigingen zullen naar de mening van

¹ Zie M.v.T. blz. 1 onderaan

INSOLAD weinig effect sorteren bij het overgrote deel van de faillissementen van MKB-bedrijven.²

Tenslotte wordt in de Memorie van Toelichting gesteld dat de uitbetaling uit een faillissementsboedel voor crediteuren vaak zeer beperkt is en dat deze uitbetaling regelmatig lange tijd op zich laat wachten.³ Wanneer de overheid de crediteuren die in circa 95% van de faillissementen sowieso geen uitbetaling kunnen verwachten werkelijk ter wille wil zijn, lijkt het raadzaam om het mogelijk te maken dat deze crediteuren ten onrechte reeds afgedragen omzetbelasting zeer kort na het uitspreken van het faillissement kunnen terugvorderen. Wanneer gesteld wordt dat in 2010 voor ruim EUR 4 miljard aan schulden in faillissementen onbetaald bleef, zal daarvan naar schatting circa EUR 500 miljoen betrekking hebben op door crediteuren terug te vorderen omzetbelasting. (Op niet-inbare vorderingen wegens financiering zit geen btw en er zijn onbetaald gebleven vorderingen die onder het 6% of 0% vallen.) Het zal met name onbetaald gebleven MKB-crediteuren en zzp'ers plezieren wanneer zij deze reeds afgedragen omzetbelasting eerder kunnen terugkrijgen gezien hun eigen liquiditeitsbehoefte en het zal curatoren minder tijd kosten om faillissementen af te wikkelen wanneer zij niet herhaaldelijk door crediteuren gevraagd worden om een verklaring dat de crediteuren in een faillissement geen uitkering meer tegemoet kunnen zien. Dat scheelt tijd voor de curator en dus kosten voor de crediteuren.

INSOLAD merkt op dat verschillende voorstellen in het wetsvoorstel niet passen binnen de context van de huidige Faillissementswet. De voorgestelde wijzigingen zijn fundamenteel van aard zonder dat uit het wetsvoorstel en de Memorie van Toelichting volgt waarom voor een dergelijke fundamentele wijziging is gekozen. INSOLAD denkt daarbij met name aan het voorstel om een rechter-commissaris de mogelijkheid te geven een eigen deskundige te benoemen zonder dat de curator het recht heeft om van het advies van deze deskundige kennis te nemen.⁴

INSOLAD ziet niet in op grond waarvan een curator zelf de vorderingen van crediteuren als blijvende uit de administratie van de gefailleerde onderneming op de lijst van voorlopig erkende crediteuren zou moeten plaatsen. Het is de vrijheid van crediteuren om al dan niet vorderingen in het faillissement in te dienen. De curator heeft de administratie van de gefailleerde onderneming niet gevoerd en kan ook niet geacht worden binnen enige dagen na het uitspreken van het faillissement een volledig beeld van deze administratie en de juistheid daarvan te hebben.⁵ Deze additionele verplichting voor curatoren gaat tot extra discussies met crediteuren leiden en mogelijk tot extra aansprakelijkstellingen vanuit crediteuren jegens curatoren.

Hierna volgt artikelsgewijs commentaar bij voorgestelde wijzigingen van artikelen waartegenover INSOLAD niet zonder meer positief tegenover staat, in de volgorde van het Voorstel van Wet.

Artikel I

Artikel 14: INSOLAD is voorstander van het voorgestelde artikel. INSOLAD wijst erop dat de toelichting bij het artikel niet geheel juist is. Op bladzijde 14 onderaan wordt aangegeven dat een onmiddellijke publicatie van de uitspraak van faillietverklaring wenselijk is omdat consumenten en ondernemers die in de tijd tussen de uitspraak en publicatie geld vooruit hebben betaald aan een failliet bedrijf daardoor ongewild concurrent schuldeiser worden. Deze crediteuren betalen echter

² Zie M.v.T. blz. 2

³ Zie M.v.T. blz. 1

⁴ Zie het voorgestelde artikel 66.

⁵ Zie het voorgestelde artikel 110.

tijdens het faillissement en kunnen dus geen concurrente schuldeiser worden. Deze crediteuren zijn post-faillissement schuldeiser en staan buiten het faillissement. Mocht de betaling zijn ontvangen op een door de curator gecontroleerde bankrekening, dan levert zulks onder omstandigheden een concurrente boedelschuld op.

Overigens verwijst INSOLAD naar haar voorstellen van 13 december 2012, waarbij een wijziging van artikel 14 Fw is voorgesteld, zodat de curator ook de last krijgt tot het kennisnemen van langs elektronische weg verzonden berichten. Met een toenemend e-mail-, sms-, chat- en WhatsApp-verkeer verloopt steeds meer communicatie van gefailleerde niet per brief en per post of telegram. Toevoeging artikel 14b: INSOLAD ondersteunt het voorgestelde artikel. Volgens INSOLAD is het beter om van "rechters-commissaris" te spreken dan van "rechters-commissarissen".

In de artikelen 14 lid 2, 67 lid 1, 127 lid 5, 133 lid 3, 137a lid 2, 137 lid 3, 137g lid 2 en 161 wordt telkens verwezen naar artikel 19. Nu de in artikel 19 geregelde decentrale insolventieregisters vervallen, zou de verwijzing naar het in artikel 19a geregelde centraal register moeten worden.

H

Artikel 66, eerste lid: INSOLAD is geen voorstander van het wijzigen van de wet om de rechter-commissaris de mogelijkheid te geven een deskundige te benoemen voor zover het functioneren van die deskundige nodig zou zijn voor de goede vervulling van het toezicht op het beheer en de vereffening van de failliete boedel.

Uit de toelichting bij artikel 66 volgt dat het gaat om een regeling bij complexere faillissementen. INSOLAD onderkent de wenselijkheid van maatwerkbepalingen en heeft daartoe in haar voorstel van 13 december 2012, artikel 14a voorgesteld:

- "1. *Bij de faillietverklaring kan de rechter ter bescherming van de belangen van de schuldeisers en op grond van zwaarwegende redenen, zo nodig in afwijking van deze wet, zodanige bepalingen maken als met het oog op een doelmatige afwikkeling van het faillissement vereist zijn.*
2. *De rechtbank kan dit, op voordracht van de rechter-commissaris of op verzoek van de curator, commissie uit de schuldeisers, een schuldeiser of ambtshalve, ook gedurende het faillissement doen. Over deze voordracht of op dit verzoek worden de schuldenaar, de curator, de commissie uit de schuldeisers en de curator in een insolventieprocedure op de voet van artikel 3, eerste of tweede lid, van de in artikel 5, derde lid, genoemde verordening gehoord."*

Met deze maatwerkbepaling heeft de rechter-commissaris meer mogelijkheden om de gang van zaken bij de afwikkeling van een faillissement te beïnvloeden dan met de enkele benoeming van een deskundige. INSOLAD heeft in dat kader ook het voorstel gedaan om artikel 225 Fw met betrekking tot de gang van zaken bij verlening van surseance van betaling in deze zin aan te passen. De noodzaak tot benoeming van een deskundige alleen voor de rechter-commissaris zal in heel incidentele gevallen gevoeld kunnen worden maar het lijkt niet nodig om voor dit soort incidentele gevallen een wettelijke regeling te creëren. De rechtbank kan in het huidige systeem ook een gewenste deskundige als (mede)curator benoemen.

INSOLAD is van mening dat in de praktijk overleg tussen curator en rechter-commissaris leidt tot het inschakelen van de juiste deskundige(n) bij de afwikkeling van een faillissement. De curator heeft in de praktijk de machtiging van de rechter-commissaris nodig voor het inschakelen van een

deskundige, bijvoorbeeld bij verkoop van activa. Een duidelijke wettelijke basis voor de benodigde machtiging van de rechter-commissaris ontbreekt en het verdient aanbeveling wanneer de wet op dit punt, bijvoorbeeld in artikel 68 Fw, wordt aangepast. De curator heeft ook deze machtiging nodig voor het kunnen voeren van een procedure. In dat kader plegen rechters-commissarissen steeds vaker om een advies van de behandelend advocaat of een second opinion te vragen alvorens de curator toestemming te verlenen voor het starten van een procedure, bijvoorbeeld in het kader van mogelijke bestuurdersaansprakelijkheid. Voor zover INSOLAD kan overzien, speelt hier geen probleem waarvoor de voorgestelde wettelijke oplossing toegevoegde waarde heeft.

INSOLAD stelt voor dat in de Memorie van Toelichting meer situaties worden benoemd in welke gevallen de hier bedoelde deskundige kan worden benoemd door een rechter-commissaris. In de Memorie van Toelichting wordt thans het voorbeeld gegeven dat de rechter-commissaris de mogelijkheid krijgt om een onafhankelijke accountant in te schakelen om de jaarrekening te toetsen. Waar de in de Memorie van Toelichting gestelde behoefte zou bestaan wordt uit de toelichting niet duidelijk en INSOLAD is met die behoefte ook niet bekend. Het is echter wel de taak van de curator om de jaarrekening te onderzoeken en niet de taak van een rechter-commissaris. INSOLAD gaat er vanuit dat de mogelijke benoeming van een deskundige niet bedoeld is om achteraf het handelen van de curator te toetsen of om een oordeel te geven over de door de curator gevraagde salarisbeschikking. Deze toezichthoudende taak dient bij de benoemde rechter-commissaris te blijven rusten.

Tenslotte, INSOLAD is geen voorstander van de in de Memorie van Toelichting geschetste mogelijkheid dat de door de rechter-commissaris benoemde deskundige gedurende de gehele looptijd van het faillissement in functie blijft en daarbij onafhankelijk van de curator opereert waarbij de curator wel verplicht is inlichtingen te verstrekken aan de deskundige, maar de deskundige niet verplicht is inlichtingen aan de curator te verstrekken. De deskundige krijgt hier een hogere status dan de door de rechtbank benoemde curator zonder dat uit de Memorie van Toelichting volgt in welke gevallen zulks wenselijk en noodzakelijk is. Niet uitgesloten kan worden dat crediteuren het gezag van een onwelgevallige curator trachten te ondermijnen door de rechter-commissaris te gaan verzoeken een eigen deskundige in te stellen, die het handelen van de curator gaat controleren.

Uit de Memorie van Toelichting volgt voorts dat de rechter-commissaris kan besluiten het deskundigenrapport te publiceren.

De Memorie van Toelichting gaat niet in op de vraag wie aansprakelijk is voor eventuele onjuistheden in het deskundigenrapport. Het lijkt niet voor de hand te liggen de boedel of de curator die niet bij het deskundigenonderzoek is betrokken, hiervoor verantwoordelijk te houden. Waar de toezichthoudende rol van de rechter-commissaris blijkens het wetsvoorstel kan gaan veranderen in een meer actieve rol waarbij expliciet standpunten jegens derden worden ingenomen door middel van het deskundigenrapport, zal ook een rechter-commissaris eerder door derden aansprakelijk worden gehouden voor de mededelingen die via de deskundige van de rechter-commissaris publiek worden gemaakt.

De Memorie van Toelichting gaat ook niet in op de vraag wat er dient te geschieden wanneer het deskundigenrapport van de rechter-commissaris tot andere conclusies leidt dan het rapport van de curator of een door de curator ingeschakelde deskundige met betrekking tot bijvoorbeeld de jaarrekening of het door bestuurders gevoerde beleid. De door de rechter-commissaris benoemde

deskundige tast de positie van de curator aan zonder dat uit het wetsvoorstel en de toelichting volgt waarom deze fundamentele wijziging noodzakelijk is. Dit voorstel lijkt hiermee niet te leiden tot een snellere, efficiëntere en goedkopere afwikkeling van faillissementen, zoals door het wetsvoorstel beoogt.

J

Artikel 69: "*ieder der schuldeisers*" vervangen door "*iedere schuldeiser, waaronder de boedelschuldeiser*".

INSOLAD heeft in haar voorstel d.d. 13 december 2012 ook een ontwerpbepaling opgenomen teneinde rechten ex artikel 69 Fw aan de boedelschuldeisers toe te kennen. Verwezen zij naar dat voorstel en de daarbij gegeven toelichting.

INSOLAD stelt voor om de voorgestelde tekst te wijzigen in: "*ieder der schuldeisers, boedelschuldeisers, ontstaan voor of na faillissementsdatum, et cetera*", waarbij door deze nevenschikkende opstelling de in de Faillissementswet gebruikte termen gehandhaafd blijven. Schuldeisers zijn in de Faillissementswet pre-faillissementsschuldeisers zodat met de woorden "*iedere schuldeiser, waaronder de boedelschuldeiser*" de boedelschuldeiser ten onrechte onder de groep van pre-faillissementscrediteuren wordt geschaard.

Overigens lijkt er in de Memorie van Toelichting ten onrechte van uitgegaan te worden dat boedelschuldeisers na het verkregen recht om tegen een beschikking van de rechter-commissaris in beroep te gaan geen civiele procedure meer behoeven aan te vangen en lange procedures en samenhangende kosten zullen worden vermeden.⁶

Allereerst geldt dat boedelschuldeisers op ieder moment al bij de voorzieningenrechter hun rechten konden trachten veilig te stellen, en dat deze weg ook na wetswijziging open blijft staan, maar de boedelschuldeiser die bij de rechter-commissaris nul op het rekest heeft gekregen kan ook een bodemprocedure tegen de boedel starten. Veel tijdwinst zal deze wetswijziging naar verwachting niet opleveren.

K

Artikel 74: samenstelling schuldeiserscommissie

INSOLAD heeft in haar advies van 13 december 2012 reeds gepleit voor de uitbreiding van het aantal leden van een crediteurencommissie, zodat INSOLAD het voorstel steunt tot het laten vervallen van "van een tot drie leden" in lid 1. INSOLAD heeft ook een voorkeur voor de samenstelling van de commissie waarbij personen zitting hebben die belangrijke groepen van schuldeisers vertegenwoordigen. INSOLAD is geen voorstander van het Amerikaanse systeem waarbij de zeven grootste schuldeisers altijd tot lid van de crediteurencommissie worden benoemd. De crediteurencommissie dient de belangen van alle crediteuren te behartigen, net als de curator. Een advies van de crediteurencommissie dat niet het algemeen belang van de schuldeisers dient, mag een curator om die reden ook negeren.

INSOLAD is van oordeel dat het aantal leden van de crediteurencommissie wel altijd oneven dient te zijn ter voorkoming van het staken van de stemmen. INSOLAD is voorts van oordeel dat de wet

⁶ Zie M.v.T. blz. 10

een regeling zou moeten inhouden voor het omgaan met tegenstrijdige belangen. Leden van de crediteurencommissie dienen in het algemeen belang te handelen, hetgeen tenminste betekent dat zij bij het bespreken van onderwerpen waarbij zij een duidelijk eigen belang hebben, niet deel kunnen nemen aan de beraadslagingen en de besluitvorming.

INSOLAD is van oordeel dat het protocol aan de hand waarvan de crediteurencommissie met de curator zal gaan werken tenminste op hoofdpunten, in de wet zou moeten worden vastgelegd. INSOLAD denkt daarbij aan een regeling met betrekking tot (i) belangenconflicten van leden met de crediteurencommissie, (ii) geheimhouding en (iii) handel in vorderingen door crediteuren, waaronder eventueel ook de leden van de crediteurencommissie. Leden van de crediteurencommissie kunnen immers met de uit de crediteurencommissie verkregen wetenschap juist besluiten hun vordering(en) in het faillissement te verkopen of juist vorderingen van andere schuldeisers in het faillissement gaan opkopen.

In de Memorie van Toelichting zou ook tot uitdrukking kunnen worden gebracht dat preferente crediteuren alsmede crediteuren met zekerheidsrechten voor zover zij naar verwachting een concurrente vordering in het faillissement zullen hebben, ook zitting kunnen nemen in een crediteurencommissie. Ter beperking van de kosten voor de boedel kan in de Memorie van Toelichting worden opgenomen dat een crediteurenvergadering ook kan plaatsvinden door middel van een conference call of een Skype-meeting.

INSOLAD is van mening dat het de voorkeur verdient wanneer uit de Memorie van Toelichting duidelijk volgt dat de kosten welke samenhangen met het in stand houden van een crediteurencommissie en het vergaderen door een crediteurencommissie niet voor rekening van de boedel komen maar door de betreffende crediteuren zelf gedragen dienen te worden.

INSOLAD wijst voorts nog graag naar haar voorstel van 13 december 2012 met betrekking tot het invoeren van artikel 80a en de daarbij gegeven toelichting. De crediteuren zijn beter beschermd wanneer meteen bij faillietverklaring wordt bepaald wanneer een schuldeisersvergadering zal plaatsvinden.

O

Artikel 101

INSOLAD acht de tekst van de Memorie van Toelichting bij dit artikel niet geheel juist. De zinnen: *"Dit betekent dat indien de curator een onderneming wil verkopen en het duidelijk is dat verkoop in de toekomst meer zal opleveren, de curator niet bevoegd is tot verkoop. Een snelle verkoop en een lage opbrengst is immers niet in het belang van de gezamenlijke schuldeisers."* zouden beter verwijderd kunnen worden.

Deze zinsnede zou volgens INSOLAD geschrapt moeten worden om de redenen:

- a) Onduidelijk is wat met "bevoegd" tot verkoop wordt bedoeld. Als dit is beoogd of kan worden begrepen als beperking van de beschikkingsbevoegdheid van de curator of overigens goederenrechtelijk effect heeft, dan worden ondernemingen dus prompt onverkoopbaar zodra maar een enkele schuldeiser stelt dat de prijs niet in orde is. Geen koper zal zijn vingers dan immers nog aan de koop van de goederen durven branden omdat hij het risico loopt dat later wordt gezegd dat hij dit niet rechtsgeldig heeft verkregen.

- b) Het vereiste dat “*duidelijk*” zou moeten zijn dat verkoop in de toekomst meer zal opleveren heeft onvoldoende onderscheidend vermogen en is veel te generiek geformuleerd. Het zal aanleiding geven tot veel discussie en dat is onwenselijk.
- c) Bovendien kunnen er allerlei omstandigheden zijn die een “*snelle*” verkoop tegen een lagere prijs toch kunnen rechtvaardigen, bijvoorbeeld als de koper ook een gro(o)t(er) deel van het personeel mee overneemt. Het vertrekpunt in de Memorie van Toelichting dat een snelle verkoop niet in het belang van de gezamenlijke schuldeisers zou zijn, is in zijn algemeenheid onjuist.
- d) Belangrijker nog dan a t/m c is dat de verkoop door de curator een vorm van executie is. De generieke beperking invoeren dat niet mag worden geëxecuteerd indien later een betere prijs kon worden gerealiseerd, is in strijd met het bestaande systeem van executiebevoegdheid en leidt dus tot problemen. Voor vele gevallen van executie geldt dat het argument kan worden gemaakt dat de prijs later misschien beter is. Maar dat levert daarmee geen generiek verbod op executie op.

Hier is nu juist de weg van artikel 69 Fw aangewezen indien schuldeisers van oordeel zijn dat de curator een verkeerde afweging maakt bij zijn keuze al dan niet op een bepaald moment te verkopen. Het blijft echter het prerogatief van de curator.

R

Artikel 110 lid 1, eerste lid: INSOLAD is hier geen voorstander van.

Binnen de werkgroep betrokken bij dit wetsvoorstel is uitvoerig gediscussieerd over de voorgestelde wijziging, als gevolg waarvan de curator vorderingen van crediteuren op de lijst van te verifiëren vorderingen kan plaatsen. INSOLAD is van oordeel dat het de taak van de crediteur zelf is om zijn vordering in het faillissement aan te melden. Het is ook de vrije keuze van een crediteur om te bepalen of hij crediteur in het faillissement wil worden of niet. Zo komt het in de praktijk regelmatig voor dat schuldeisers met zakelijke vorderingen op een vennootschap onder firma niet automatisch deze zakelijke vordering ook in het faillissement van de privé vennoten willen indienen. Het is wel de taak van de curator om op basis van de administratie van de gefailleerde de hem bekende crediteuren aan te schrijven en te informeren over de mogelijkheid hun vordering ter verificatie bij hem in te dienen.

Het voorstel is echt een breuk met het systeem en de taakverdeling tussen partijen in een faillissement. Het voorstel wijkt ook af van hetgeen gebruikelijk is in andere Europese landen. Tot welke extra inspanningen voor de curator dit gaat leiden is onduidelijk. Een curator kan zeker bij het overgrote deel van de MKB-faillissementen er niet zonder meer vanuit gaan dat de gevoerde administratie correct en actueel is en dat alle crediteuren tegen de juiste bedragen hierin staan vermeld. De curator dient later nog te onderzoeken of de administratie voldoet aan de vereisten van artikel 2:10 BW.

In de praktijk maken veel curatoren al gebruik van een digitaal systeem, bijvoorbeeld www.crediteurenlijst.nl, waarmee crediteuren hun vorderingen in het faillissement digitaal kunnen indienen. Crediteuren kunnen op die manier ook hun eigen vordering wijzigen. Dat betekent dat een curator tot het moment dat duidelijk wordt dat aan de concurrente crediteuren in het faillissement een uitkering zal kunnen gaan plaatsvinden en een verificatievergadering daartoe noodzakelijk is, in de praktijk weinig tijd en aandacht, en dus kosten ten laste van de crediteuren, zal besteden aan het beoordelen van de omvang van de ingediende vorderingen door crediteuren. Het enkel verzenden

van een brief aan crediteuren om hen te informeren over het faillissement en de mogelijkheid hun vordering in te dienen, is in veel gevallen dus het enige wat een curator in faillissementen waarin geen uitkering aan concurrente crediteuren zou kunnen plaatsvinden, in dit kader van het vaststellen van de omvang van de vorderingen van crediteuren, pleegt te doen. Natuurlijk let de curator wel op ingediende eigendomsvoorbeholden of beroepen op een recht van reclame. Bij crediteurenlijst.nl wordt dat ook separaat aangegeven vanuit de betreffende crediteuren richting de curator:

De afwikkeling van het faillissement wordt dus niet versneld of verbeterd wanneer een curator ook de omvang van de vorderingen op basis van de administratie van de gefailleerde zelf gaat vermelden in zijn brief aan de crediteuren. Bij veel gefailleerde bedrijven is de administratie niet recent bijgewerkt. Bij veel crediteuren speelt er discussie over de omvang van de vorderingen in verband met in rekening gebrachte rente en buitengerechtelijke incassokosten. Daarbij speelt vaak nog het punt dat wanneer de vordering niet juist kan worden vastgesteld, de af te dragen of terug te vorderen btw ook niet goed kan worden vastgesteld. Wanneer een curator hierbij onjuistheden begaat richting individuele crediteuren, kan dat voor de gezamenlijke crediteuren nadelig zijn wanneer dat in een later stadium, bij de verificatievergadering, niet wordt opgemerkt.

INSOLAD pleit dus voor een duidelijke en ongewijzigde rolverdeling met betrekking tot het indienen van de vordering en het vermelden van de omvang van de vordering, welke verplichting bij de crediteuren dient te blijven rusten. INSOLAD ziet onvoldoende redenen aanwezig om op dit punt af te wijken van het recente arrest van de Hoge Raad, dat ook in de Memorie van Toelichting wordt genoemd.

U

Artikel 127: INSOLAD staat voorwaardelijk positief tegenover de voorgestelde wijziging.

De werkgroep heeft uitvoerig over het voorgestelde artikel gediscussieerd. De Memorie van Toelichting gaat er in het algemene deel op bladzijde 9/10 ten onrechte vanuit dat de invoering van een "bar date" zal leiden tot een snellere afwikkeling van faillissementen. Niet alleen plegen concurrente crediteuren in circa 95% van de faillissementen geen uitkering te ontvangen waardoor feitelijk het faillissement voor hen al eindigt met het indienen van hun vordering en de hopelijk snelle teruggave van reeds afgedragen omzetbelasting, maar in de praktijk speelt dit punt van de indieningstermijn ook niet. Juist door de digitale indiening van vorderingen in faillissementen pleegt in de praktijk circa 90% van de door de curator aangeschreven crediteuren binnen twee weken zijn vorderingen in het faillissement al te hebben aangemeld.

De reden dat de afwikkeling van faillissementen soms moet wachten op de indiening van vorderingen van crediteuren, is vrijwel altijd gelegen in het moeten wachten op de indiening van de vordering van het UWV. Dat pleegt in de praktijk vaak bijna één jaar te duren en doordat het veelal om een substantiële boedelvordering en een substantiële preferente vordering gaat, maakt dat het moeilijker voor de curator om een inschatting omtrent een mogelijke uitkering voor concurrente crediteuren te maken. INSOLAD zou eigenlijk nog liever de voorkeur geven aan de invoering van een "bar date" van zes in plaats van dertien maanden na het uitspreken van het faillissement, maar een dergelijke termijn zal voor UWV in de praktijk te moeilijk zijn. Ook kan gedacht worden aan een bar date voor boedelschulden. De voordelen van de invoering van een "bar date" zijn volgens INSOLAD dat meer aangesloten wordt bij wat in het internationale handelsverkeer en bij

20160301-049 12:09 0012

faillissementen in het buitenland gebruikelijk. Voorts kunnen een curator en een crediteurencommissie sneller inschatten wat (in verschillende scenario's) de waarschijnlijke uitbetaling (percentagegewijs) aan crediteuren zal kunnen zijn.

INSOLAD heeft ook overwogen dat met betrekking tot een "bar date" ook Europese wetgeving op komst is in het kader van beoogde harmonisatie van het insolventieprocesrecht. Daar in veel Europese landen de periode voor het indienen van vorderingen veel korter is dan dertien maanden, kan invoering van Europese regels binnen afzienbare termijn leiden tot het opnieuw aanpassen van dit wetsartikel. Desalniettemin pleit INSOLAD voor het nu invoeren van het voorgestelde artikel omdat de invoering van EU-regels toch snel nog enige jaren op zich laat wachten.

INSOLAD kan zich voorstellen dat een korte termijn van bijvoorbeeld 14 dagen na aanschrijving door de curator voor het doen van een beroep op een eigendomsvoorbehoud op een recht van reclame ook bijdraagt aan een snellere afwikkeling van een faillissement. Snel duidelijkheid omtrent rechten van leveranciers is in het belang van de leveranciers, de curator (80% van de beroepsaansprakelijkheidsprocedures jegens een curator heeft op schending van eigendomsvoorbehoud betrekking) en de koper van de activa van de gefailleerde onderneming. Ook hier geldt echter zonder wettelijke regeling dat het aan de crediteuren die een beroep doen op een eigendomsvoorbehoud of recht van reclame is om te bepalen wanneer zij hun vorderingen indienen.

Het voorstel van de invoering van een bar date kan echter niet los gezien worden van de voorgestelde gevolgen. INSOLAD is van oordeel dat de invoering van een bar date bepaald onwenselijk is als een crediteur zijn vorderingsrecht verliest wanneer hij niet tijdig zijn vordering in het faillissement indient, zoals de wetgever nu voorstelt in artikel 161a Fw. De sanctie op niet-tijdig indienen van de vordering mag volgens INSOLAD slechts zijn dat de betreffende crediteur geen verzet tegen de uitdelingslijst kan instellen en hij automatisch gebonden zal zijn aan een voorgesteld en aangenomen akkoord in het faillissement.

AA

Toevoeging artikel 161a: INSOLAD staat hier voorwaardelijk positief tegenover.

Het niet tijdig indienen van een verifieerbare vordering mag niet leiden tot het verlies van die vordering, daar dit een vorm van onteigening zou zijn. Een crediteur die zijn vordering niet heeft ingediend, kan geen verzet instellen tegen de uitdelingslijst en na de verificatievergadering en de uitdeling en het eventuele akkoord qua percentage niet meer op zijn vordering ontvangen dan de wel geverifieerde crediteuren.

INSOLAD acht het waarschijnlijk dat de toevoeging "*tenzij de schuldeiser redelijkerwijs niet in staat was de vordering binnen de bedoelde termijn voor verificatie in te dienen*" voor onnodige rechtspraak gaat zorgen. De Faillissementswet gaat ervan uit dat ook voorlopige of voorwaardelijke vorderingen kunnen worden ingediend ter verificatie, zodat bij de indieningstermijn van dertien maanden en de wettelijke mogelijkheid dat de rechter-commissaris deze indieningstermijn in een specifiek faillissement verlengd, de geciteerde toevoeging aan het artikel eigenlijk niet nodig en niet wenselijk is. Als deze toevoeging alleen bedoeld is voor niet aangeschreven crediteuren of voor eventuele asbestslachtoffers onder voormalige werknemers of omwonenden, dan verdient het volgens INSOLAD de voorkeur zulks in de Memorie van Toelichting te vermelden.

20160301 - 049 12:09 0013

De sanctie van verval van afdwingbaarheid wordt in de M.v.T. gemotiveerd met de argumenten dat dit (i) ervoor zorgt dat andere schuldeisers geen nadelige gevolgen ondervinden van het niet verifiëren van de vordering en (ii) bijdraagt aan de slagingskans van een akkoord, aangezien een dergelijk akkoord in gevaar kan komen als een nieuwe schuldeiser zich zou melden na het sluiten daarvan. INSOLAD onderschrijft deze toelichting niet. Een schuldenaar die een akkoord aanbiedt kent zijn schuldeisers en laat zich niet verrassen door 'onbekende' schuldeisers die zijn akkoord in gevaar kunnen brengen.

AF

Artikel 176 lid 1: INSOLAD is hier geen voorstander van.

INSOLAD is van oordeel dat goed toezicht door de rechters-commissaris inhoudt dat zij daadwerkelijk over iedere onderhandse activatransactie worden geïnformeerd en voor het aangaan hiervan toestemming dienen te verlenen. In specifieke zaken kan een rechter-commissaris (na verloop van tijd) afwijkende afspraken maken. Zo nodig kan Recofa regels opstellen die voor meerdere faillissementen en meerdere curatoren met betrekking tot dit onderwerp kunnen gaan gelden. De voorgestelde wettelijke regeling kan snel onvoldoende blijken te zijn of qua bedrag achterhaald zijn.

De voorgestelde tekst leidt ook tot extra vragen. Waar in de voorgestelde wettekst gesproken wordt van "te verkopen goederen" wordt in de Memorie van Toelichting slechts geduid op inventariszaken, maar bijvoorbeeld niet op voertuigen, voorraden of vorderingen die ook allen op een boedelbeschrijving vermeld wordt. Uit de voorgestelde wettekst volgt niet of deze regeling per transactie geldt of per soort activum. Voorts is niet duidelijk of het bedrag van EUR 5.000 inclusief of exclusief btw bedoeld is.

Het bestuur van INSOLAD houdt zich beschikbaar voor het desgewenst geven van een nadere toelichting.

Met vriendelijke groet



J.G. Princen
Secretaris INSOLAD

Bijlage: het INSOLAD voorstel van 13 december 2012

**Voorstellen wijzigingen Faillissementswet
Commissie INSOLAD**

20160301.049 12:09 0007

Pluraliteitsvereiste**Voorstel:****Artikel 6**

1. (...).
2. (...).
3. De faillietverklaring wordt uitgesproken, indien summierlijk blijkt van het bestaan van feiten of omstandigheden, welke aantonen, dat de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, en, zo een schuldeiser het verzoek doet, ook van het vorderingsrecht van deze. Voor het verkeren in de toestand van opgehouden hebben te betalen is ten minste vereist dat de schuldenaar één opeisbare schuld onbetaald laat.

Huidige tekst:**Artikel 6**

1. (...).
2. (...).
3. *De faillietverklaring wordt uitgesproken, indien summierlijk blijkt van het bestaan van feiten en omstandigheden, welke aantonen, dat de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, en, zo een schuldeiser het verzoek doet, ook van het vorderingsrecht van deze.*

Toelichting:

De Faillissementswet stelt niet de eis dat de schuldenaar ten minste twee schulden heeft waarvan één opeisbaar. Deze zogenaamde pluraliteitseis valt ook niet te lezen in de wetsgeschiedenis. De Hoge Raad heeft in een lange reeks van arresten de eis afgeleid uit het gebruik van het begrip "toestand van opgehouden hebben te betalen" in de wetsbepaling (o.m. HR 2 juni 1899, W 7287, HR 9 maart 1911, W 9164, HR 20 april 1916, NJ 1916, 564, HR 18 juni 1920, NJ 1920, 788, HR 17 december 1920, NJ 1921, 276, HR 24 maart 1922, NJ 1922, 589, HR 15 juli 1927, NJ 1927, 1174, HR 17 december 1928, NJ 1929, 670, HR 3 oktober 1938, NJ 1939, 298, HR 28 mei 1943, NJ 1943, 461, HR 19 juni 1953, NJ 1953, 623, HR 28 september 1956, NJ 1957, 69, HR 15 oktober 2004, JOR 2004, 337).

Een dergelijke interpretatie van het begrip "toestand van opgehouden hebben te betalen" is niet vanzelfsprekend. Het Franse, Duitse en Amerikaanse recht kennen vergelijkbare bepalingen, zonder dat daaruit de pluraliteitseis wordt afgeleid.

Naar het oordeel van de commissie is de pluraliteitseis geen gelukkige. De achtergrond van de pluraliteitseis is dat als er twee schuldeisers zijn, zij niet genoeg moeten nemen met beslag en executie buiten faillissement, omdat dit tot rangregelingsverwikkelingen kan leiden. Zij moeten daarom een faillissement kunnen doen openen¹. Dat levert echter geen argument op waarom, als er slechts één schuldeiser is, die mogelijkheid niet zou mogen openstaan. De praktijk laat zien dat er veel gevallen zijn, waarin de schuldenaar alle bekende schulden,

¹ Zie N.J. Polak, Faillissement en surséance van betaling (1972), p. 31 en Van der Grinten, noot onder HR 22 maart 1985, NJ 1985, 548.

behalve die van de aanvrager van zijn faillissement voldoet. Die aanvrager kan dan belang hebben bij de faillissementsaanvraag, omdat een curator meer middelen tot zijn beschikking heeft om bezittingen van de schuldenaar op te sporen en omdat hem meer mogelijkheden ter beschikking staan om gedane betalingen of verrekeningen ongedaan te maken (artikel 47 en artikel 54).

Consolidatie

Voorstel:

Artikel 19c

1. Indien tussen de vermogens van twee of meer schuldenaars zodanige verwevenheid bestaat dat de faillissementen van deze schuldenaars niet als afzonderlijke faillissementen behandeld kunnen worden, kan op voordracht van de rechter-commissaris die benoemd is in ten minste één der faillissementen of op verzoek van een curator die benoemd is in ten minste één der faillissementen, een commissie uit de schuldeisers of van ten minste vijf schuldeisers, vertegenwoordigende één vijfde der erkende en der voorwaardelijk toegelaten schuldvorderingen in één der faillissementen, dan wel, zo nog geen verificatievergadering gehouden is, vertegenwoordigende één vijfde der in de laatste schuldeisersvergadering toegelaten schuldvorderingen in één der faillissementen, de rechtbank waar het betreffende faillissement is uitgesproken, bepalen dat de faillissementen van deze schuldenaars als één faillissement behandeld zullen worden.
2. Indien de in het vorige lid bedoelde voordracht of het in het vorige lid bedoelde verzoek wordt gedaan, stelt de rechtbank een datum en tijdstip vast voor de behandeling daarvan en roept zij alle bekende schuldeisers in de betrokken faillissementen alsmede de schuldenaars, curatoren en rechters-commissarissen en de commissies uit de schuldeisers in die faillissementen op voor de behandeling.
3. Indien de rechtbank de voordracht honoreert of het verzoek toewijst benoemt zij de curator of curatoren van het gezamenlijke faillissement en stelt zij de rechter-commissaris aan voor het gezamenlijke faillissement onder ontslagvertening aan de overige curatoren en rechters-commissaris.
4. De beschikking op het verzoek onder het eerste lid wordt op dezelfde wijze openbaar gemaakt als het vonnis van faillietverklaring. Tegen deze beschikking staat gedurende acht dagen hoger beroep bij het gerechtshof open voor de schuldenaars, de curatoren, de commissies uit de schuldeisers en schuldeisers. De artikelen 155 lid 1 en 156 zijn van overeenkomstige toepassing.
5. Indien tussen twee of meer faillissementen die bij dezelfde rechtbank in behandeling zijn zodanige samenhang bestaat dat benoeming van dezelfde persoon of personen tot curator gerechtvaardigd is, kan de rechtbank bij het vonnis tot faillietverklaring of bij latere beschikking op voordracht van de rechter-commissaris of verzoek van de curator, bepalen dat het salaris en de verschotten van de curator op een naar redelijkheid te bepalen wijze rekening houdend met het gerealiseerde actief aan de faillissementen wordt toegerekend.

Toelichting:

Het eerste tot en met derde lid betreft consolidatie van faillissementen. Naar Nederlands recht ontbreekt een regeling voor consolidatie. Hoewel rechtssystemen doorgaans een restrictieve toepassing van dit leerstuk uitdragen, blijkt in de praktijk daar nog wel eens van te worden afgeweken. Zo is onder Amerikaans recht consolidatie niet alleen mogelijk ingeval de boedels niet te scheiden zijn, maar ook als de crediteuren de schuldenaars-rechtspersonen beschouwen als één economische eenheid. Naar de mening van de commissie dient de toepassing echter inderdaad restrictief te blijven, omdat zij anders wijzigingen teweeg brengt in de rechten van de schuldeisers van de onderscheiden schuldenaars. Daarom wordt voorgesteld het criterium te

hanteren dat er een zodanige verwevenheid van de activa en/of passiva is dat het niet mogelijk is een behandeling als afzonderlijke faillissementen te laten plaatsvinden.

Het vijfde lid gaat over het geval waarin in een groep samenhangende faillissementen dezelfde curator is benoemd. Veelal ontstaan problemen omdat veel werkzaamheden verricht moeten worden in lege rechtspersonen die tot de groep behoren, waarvan de uren zonder nadere regeling niet kunnen worden toegerekend aan de rechtspersonen waarin wel actief wordt gerealiseerd. De commissie is van mening dat juist het feit dat kennelijk een gezamenlijke behandeling door één curator (althans door dezelfde curatoren) van belang wordt geacht, rechtvaardigt dat ten behoeve van dat salaris geen strikte toedeling van uren als hiervóór bedoeld plaatsvindt, maar dat de uren worden toegerekend, bijvoorbeeld in verhouding tot de gerealiseerde vrije baten. Dit is dus geen consolidatie van faillissementen als bedoeld in lid 1, omdat er afzonderlijke faillissementen blijven met eigen verificatievergaderingen en eigen groepen van crediteuren. Alleen het salaris en de verschotten van de curator kunnen worden omgeslagen.

Separatisten, fiscus**Voorstel:****Artikel 57**

1. (...).
2. (...).
3. (...).
4. (...).
5. Indien de pand- of hypotheekhouder het verpande of verhypothekerde goed te gelde maakt, dient hij van de opbrengst van het goed, na aftrek van in redelijkheid gemaakte kosten alsmede hetgeen hij verschuldigd is aan de curator op de voet van lid 3, aan de curator een gedeelte af te dragen alsmede het bedrag dat de curator aan omzetbelasting verschuldigd is ter zake van de executie. Het aan de curator af te dragen gedeelte van de opbrengst wordt berekend aan de hand van de totale opbrengst van de tot zekerheid strekkende onroerende zaken en daarop rustende beperkte rechten dan wel de overige tot zekerheid strekkende goederen van de gefailleerde in evenredigheid met het aandeel van de opbrengst daarin, zodanig dat de curator ten behoeve van de boedel de volgende percentages ontvangt:

voor onroerende zaken en daarop rustende beperkte rechten, bij een totale opbrengst tot EUR 500.000,	[...];
over het meerdere tot EUR 2.500.000,	[...];
over het meerdere,	[...];
voor overige goederen, bij een totale opbrengst tot EUR 200.000,	[...];
over het meerdere tot EUR 1.000.000,	[...];
over het meerdere,	[...].
6. Het vorige lid is van overeenkomstige toepassing op andere vormen van zakelijke zekerheid waarbij het goed dient als verhaalsobject van de zekerheidscrediteur.

Toelichting:

Onder het huidige stelsel geldt het uitgangspunt dat de verdeling van de opbrengst van verpande en verhypothekerde goederen afhangt van de vraag of de pand- of hypotheekhouder verkoopt dan wel de curator. In het eerste geval blijft de pand- of hypotheekhouder buiten de omslag van de algemene faillissementskosten, in het tweede geval niet. De daardoor optredende verschillen kunnen aanzienlijk zijn, omdat als gevolg van de opgetreden rechtsontwikkeling de algemene faillissementskosten in veel gevallen zeer aanzienlijk zijn. Bovendien ziet de curator zich als gevolg van de uitbreiding van het bereik van de pandrechten geconfronteerd met vele lege boedels. In een aanzienlijk aantal gevallen is de curator voor een belangrijk deel van zijn inkomsten afhankelijk van de opbrengst van de bodemzaken omdat het bodemvoorrecht van de fiscus op de voet van artikel 21 lid 2 Invorderingswet boven pandrecht gaat en de curator ingeval van verkoop door de pandhouder derhalve veelal afdracht kan vorderen op de voet van artikel 57 lid 3. Omdat dit voorrecht van de fiscus ontstaat door beslaglegging of faillissement en gekoppeld is aan het zich bevinden van de betreffende zaken op de bodem van de schuldenaar streven pandhouders er in veel gevallen naar de goederen vóór beslag of faillissement van de bodem van de schuldenaar te halen door wegvoering of door toepassing van verhuurconstructies. Deze gang van zaken werkt kapitaalvernietiging in de hand omdat het leidt tot stillegging van het bedrijf van de schuldenaar. De commissie ziet de

oplossing van al deze complicaties door te breken met het huidige stelsel waarin de verdeling van de opbrengst verschilt al naar gelang wie verkoopt of int en door afschaffing van het bodemvoorrecht. Dit leidt tot wijzigingen in de artikelen 57, 58 en 182 en tot afschaffing van artikel 21 lid 2 tweede en derde zin Invorderingswet. De kern van het voorgestelde stelsel is dat de boedel in alle gevallen een deel van de opbrengst van de goederen ontvangt en dat in geval van verkoop door de curator aan de pand- of hypotheekhouder een zelfde deel van de opbrengst aan de boedel toekomt als wanneer de pand- of hypotheekhouder zelf had verkocht. Op de bruto opbrengst komen de kosten die de pand- of hypotheekhouder in redelijkheid heeft gemaakt in mindering. Deze kosten zijn niet beperkt tot de executiekosten in enge zin, maar omvatten ook de kosten die gemaakt zijn tot behoud van de zaak (en die voor het pandrecht toch al verhaalbaar zijn op de voet van artikel 3:243 BW of bevoorrecht zijn onder artikel 3:284 BW) of om een hogere opbrengst te bereiken. Indien tussen de curator en de zekerheidscrediteur afspraken worden gemaakt over werkzaamheden die de curator ten behoeve van de uitwinning verricht en waarvoor hij de kosten aan de zekerheidscrediteur mag doorberekenen, komen ook deze kosten in mindering op de opbrengst.

Met zakelijke zekerheid in het zesde lid wordt bedoeld op goederen die juridisch eigendom zijn van de zekerheidscrediteur, maar waarvoor geldt dat de zekerheidscrediteur zich erop dient te verhalen ter delging van de schuld. Hieronder vallen doorgaans niet goederen waarop een eigendomsvoorbehoud rust, maar bijvoorbeeld veelal wel goederen die in financial lease gegeven zijn. Met betrekking tot deze goederen treden dezelfde complicaties op als bij verpande goederen. In het voorgestelde systeem dient derhalve ook artikel 22 lid 3 Invorderingswet te worden geschrapt.

Met dit stelsel wordt bereikt dat de aanspraken van zekerheidscrediteuren en de fiscus in *alle* faillissementen op dezelfde wijze worden afgewikkeld. Onafhankelijk van de aard van de in zekerheid gegeven goederen dient de zekerheidscrediteur in alle gevallen het op de voet van het vijfde lid te berekenen deel van de opbrengst af te dragen. Dit bedrag zal in veel gevallen vervolgens via de uitdelingslijst, als gevolg van het hoge voorrecht van de fiscus op grond van artikel 21 tweede lid eerste zin Invorderingswet, grotendeels aan de fiscus ten goede komen. Onder het huidige systeem zijn de uitkomsten voor de zekerheidscrediteuren en de fiscus sterk afhankelijk van omstandigheden zoals de aanwezigheid van bodemzaken, de aard daarvan, de rol die zij vervullen in de onderneming van de schuldenaar, de waarde die zij vertegenwoordigen en de acties die betrokkenen voorafgaand aan het faillissement hebben ondernomen. Niet alleen neemt het voorgestelde systeem oneigenlijke prikkels bij de betrokkenen weg tot het nemen van onwenselijke maatregelen met het oog op het eigen belang, maar ook wordt aldus bereikt dat de mogelijkheden voor de curator om vergoeding van zijn werkzaamheden te verkrijgen minder afhankelijk worden van de hiervóór genoemde (toevallige) omstandigheden. De commissie is van oordeel dat het nieuwe stelsel niet alleen de rechtszekerheid bevordert, maar ook in financiële zin gunstige gevolgen zal hebben. De kapitaalvernietiging als gevolg van het afvoeren van goederen of het toepassen van verhuurconstructies zal aanmerkelijk worden beperkt. Voor zekerheidscrediteuren, in de regel financiële instellingen, is het eenvoudiger de opbrengsten van hun zekerheidsrechten in te schatten bij een faillissement van hun schuldenaar, omdat zij voor dat geval slechts rekening hoeven te houden met de in het vijfde lid geregelde afdrachtverplichting en minder afhankelijk zijn van in een specifiek geval optredende omstandigheden. Voor de fiscus geldt dat – anders dan thans het geval is – de vraag of hij een uitkering tegemoet zal kunnen zien niet meer zal afhangen van de aard van de in zekerheid gegeven goederen.

De commissie heeft er, naar aanleiding van een daartoe gehouden raadpleging van de leden van INSOLAD, van afgezien in dit voorstel concrete voorstellen te doen voor de hoogte van de aan de boedel af te dragen vergoeding. Wel is in het vijfde lid een voorstel gedaan voor de wijze van berekening van deze vergoeding. Deze komt er op neer dat de af te dragen vergoeding wordt berekend aan de hand van de totale opbrengst van goederen van een bepaalde soort. Uitgangspunt in het voorgestelde systeem is dat de curator een percentage ontvangt van deze totale opbrengst. Het door een individuele zekerheidscrediteur af te dragen bedrag wordt berekend op basis van deze totale opbrengst en de door deze crediteur gerealiseerde opbrengst. Aldus wordt gewaarborgd dat alle zekerheidscrediteuren in evenredigheid bijdragen aan het door de boedel te ontvangen percentage. Voorts biedt het voorgestelde systeem de mogelijkheid om rekening te houden met de positie van specifieke financiers en de aard van de tot zekerheid verbonden goederen. Zo is denkbaar dat nog een nadere onderverdeling van de categorie "andere goederen" plaatsvindt, bijvoorbeeld naar roerende zaken, vorderingsrechten en andere bijzondere categorieën zoals effecten.

Een eenvoudiger oplossing dan de voorgestelde "staffel" zou zijn om een vast percentage voor goederen van een bepaalde soort te nemen, ongeacht de totale opbrengst van deze soort goederen. Aan deze oplossing kleefde het bezwaar dat bij kleine boedels de vergoeding (te) gering zou zijn en bij grote boedels een (zeer) aanzienlijke omvang zou krijgen. In het laatste geval vergroot dat overigens wel de kans dat een (hogere) uitkering aan de overige crediteuren kan worden gedaan.

De uiteindelijke vaststelling van de af te dragen vergoeding zal moeten plaatsvinden aan de hand van een weging van de hiervoor benoemde belangen, in het bijzonder de belangen van de fiscus en de betrokken zekerheidscrediteuren alsmede het belang van de bekostiging van de afwikkeling van faillissementsboedels. De commissie is er voorstander van dat de vergoedingsregeling geheel in de wet wordt opgenomen en niet bijvoorbeeld in een AMvB wordt neergelegd. Gelet op het fundamentele karakter van de regeling acht de commissie het van belang dat alle betrokkenen zich hiernaar kunnen richten en niet met de mogelijkheid van een eenvoudige aanpassing daarvan hoeven te rekenen.

Tot slot merkt de commissie op dat het voorgestelde systeem ook beter aansluit bij de regelingen die gelden voor zekerheidscrediteuren onder andere voor ons land belangrijke rechtsstelsels, zoals die van Engeland, Frankrijk, Duitsland en de Verenigde Staten. In deze landen geldt dat zekerheidscrediteuren geen absolute separatistenpositie innemen, zoals thans bij ons het geval is. Hun rechten worden veelal beperkt doordat zij in veel gevallen de verkoop moeten overlaten aan de curator, al dan niet in combinatie met de verplichting een percentage van de opbrengst aan de boedel af te dragen. Geen van de landen kent een met het bodem(voor-)recht vergelijkbare positie van de fiscus.

Onder Engels recht kan de zekerheidscrediteur tijdens een administration procedure niet zelf executeren, behoudens instemming van de administrator of de rechtbank (S. 11 (3)(c) Insolvency Act). De administrator mag bovendien alle goederen die onder een floating charge vallen verkopen en voorts, indien de rechtbank van oordeel is dat dit het doel van de administration dient, goederen die onder een fixed charge vallen (S. 15 I.A.). De netto opbrengst komt ten goede aan de zekerheidscrediteur. In een winding-up procedure kan de houder van een fixed charge zelf executeren en de houder van een floating charge niet. De houder van de floating charge ontvangt de opbrengst na een omslag in de boedelkosten en, voor zover deze niet uit het vrije actief voldaan kunnen worden, de preferente schulden.

20160301.049 12:09 0011

Bovendien dient de houder van de floating charge een percentage van de opbrengst af te staan aan de unsecured creditors. Dit percentage belooft 50 over de eerste £ 10.000 en daarboven 20 met een maximum van £ 600.000.

Onder Frans recht geldt tijdens de procédure de sauvegarde dat de zekerheidscrediteuren niet kunnen uitwinnen (art. L. 622-21 (1-2)). De goederen kunnen worden verkocht en in dat geval kan de rechter-commissaris bepalen dat een voorschot wordt betaald aan de zekerheidscrediteur (art. L 622-8 CC). Er is een groot aantal crediteuren met een hogere rang dan de zekerheidscrediteur. Hetzelfde geldt tijdens een procédure de redressement (art. L 631-14 CC). Is een procédure de liquidation geopend dan mogen de zekerheidscrediteuren hun rechten zelf uitoefenen indien de curator niet binnen drie maanden de verkoop ter hand heeft genomen. soms geldt een langere termijn.

Onder Duits recht kan de pandhouder of fiduciair eigenaar het betreffende goed slechts zelf uitwinnen indien hij in het bezit van dat goed is, zij het dat de rechtbank hem op verzoek van de curator een termijn kan stellen. Indien de goederen in het bezit waren van de schuldenaar (of een derde) dan verkoopt in beginsel de curator (§ 166 InsO). Uit de opbrengst ontvangt de boedel een vergoeding, in beginsel is dat 9% van de opbrengst vermeerderd met verschuldigde BTW (§ 171 InsO). Ook verhypotheceerde goederen kunnen door de curator verkocht worden (§ 165 InsO). Daarbij moet overigens bedacht worden dat in Duitsland geen lege boedelproblematiek bestaat zoals bij ons, omdat voorwaarde voor opening van het faillissement is dat de boedelkosten gedekt zijn.

Onder Amerikaans recht is de zekerheidscrediteur in beginsel geen separatist (§ 362 (a) (4) U.S. Bankruptcy Code). De Bankruptcy Court geeft slechts in een beperkt aantal gevallen toestemming aan de zekerheidscrediteur om zelf uit te winnen, onder andere indien de curator geen "adequate protection" verschaft voor de waarde van het zekerheidsrecht. De zekerheidscrediteur zal ook afgifte mogen verlangen indien de boedel geen financieel belang heeft bij de goederen en ze niet nodig heeft in het kader van een reorganisatie (§ 362(d) BC). Heeft de zekerheidscrediteur de goederen in bezit dan zal hij ze doorgaans moeten afstaan aan de curator mits adequate protection wordt geboden. Verkoopt de curator, dan dient hij de netto opbrengst af te staan aan de zekerheidscrediteur.

Vorstel:

Artikel 58

1. De curator kan de pand- en hypotheekhouders een redelijke termijn stellen om tot uitoefening van hun rechten overeenkomstig het vorige artikel over te gaan. Heeft de pand- of hypotheekhouder het onderpand niet binnen deze termijn verkocht, dan kan de curator de goederen opeisen en met toepassing van de artikelen 101 en 176 verkopen, onverminderd het recht van de pand- en hypotheekhouders op de opbrengst overeenkomstig de verdeling voorzien in artikel 57 lid 5. De rechter-commissaris is bevoegd de termijn op verzoek van de pand- of hypotheekhouder een of meer malen te verlengen.
2. (...).

Huidige tekst:

Artikel 58

1. *De curator kan de pand- of hypotheekhouders een redelijke termijn stellen om tot uitoefening van hun rechten overeenkomstig het vorige artikel over te gaan. Heeft de pand- of hypotheekhouder het onderpand niet binnen deze termijn verkocht, dan kan de curator de goederen opeisen en met toepassing van de artikelen 101 of 176 verkopen, onverminderd het recht van de pand- of hypotheekhouders op de opbrengst. De rechter-commissaris is bevoegd de termijn op verzoek van de pand- of hypotheekhouder een of meer malen te verlengen.*
2. (...).

Toelichting:

Verwezen zij naar de toelichting op artikel 57 lid 5.

Voorstel:**Artikel 182**

1. De algemene faillissementskosten worden omgeslagen over ieder deel van de boedel, met uitzondering van hetgeen toekomt aan de pand- of hypotheekhouders en van hetgeen na een executie overeenkomstig artikel 60, derde lid, tweede zin, toekomt aan de schuldeisers met retentierecht en aan de beperkt gerechtigden, huurders en pachters wier recht door de executie is vervallen of verloren gegaan, maar met inbegrip van hetgeen krachtens een zodanige executie aan de curator is uitgekeerd ten behoeve van een schuldeiser die boven een of meer van voormelde personen bevoorrecht was.
2. (...).

Huidige tekst:**Artikel 182**

1. *De algemene faillissementskosten worden omgeslagen over ieder deel van de boedel, met uitzondering van hetgeen na een executie overeenkomstig artikel 57 of artikel 60, derde lid, tweede zin, toekomt aan de pand- of hypotheekhouders, aan de schuldeisers met retentierecht en aan de beperkt gerechtigden, huurders en pachters wier recht door de executie is vervallen of verloren gegaan, maar met inbegrip van hetgeen krachtens een zodanige executie aan de curator is uitgekeerd ten behoeve van een schuldeiser die boven een of meer van voormelde personen bevoorrecht was.*
2. (...).

Toelichting:

Verwezen zij naar de toelichting op het voorgestelde artikel 57 lid 5.

Voorstel:**Artikel 21 (tweede en derde zin) Invorderingswet**

Deze bepalingen vervallen.

Huidige tekst:

Het voorrecht gaat tevens boven pand, voor zover het pandrecht rust op een zaak als is bedoeld in artikel 22, derde lid, die zich op de bodem van de belastingschuldige bevindt en tegen inbeslagneming waarvan derden zich op die grond niet kunnen verzetten. Het behoudt deze rang in geval van faillissement van de belastingschuldige of toepassing ten aanzien van hem van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, ongeacht of tevoren inbeslagneming heeft plaatsgevonden.

Voorstel:

Artikel 22 lid 3 Invorderingswet

Deze bepaling vervalt.

Huidige tekst:

Behoudens in het geval dat er een recht van terugvordering bestaat jegens degene die een zaak onrechtmatig of van een onbevoegde heeft verkregen, kunnen derden echter nimmer verzet in rechte doen tegen de beslaglegging ter zake van naheffingsaanslagen in:

- a. de loonbelasting ten laste van inhoudingsplichtigen met uitzondering van naheffingsaanslagen ter zake van huispersoneel;*
- b. de omzetbelasting, alsmede de belasting van personenauto's en motorrijwielen ten laste van een ander dan degene op wiens naam het kenteken is gesteld;*
- c. de accijns;*
- d. de verbruiksbelastingen van alcoholvrije dranken en van pruimtabak en snuiftabak;*
- e. de in artikel 1 van de Wet belastingen op milieugrondslag genoemde belastingen;*
- f. de dividendbelasting;*
- g. de kansspelbelasting ten laste van inhoudingsplichtigen; en*
- h. de assurantiebelasting, alsmede tegen de beslaglegging ter zake van:*
 - uitnodigingen tot betaling; en*
 - ingevolge artikel 2, tweede lid, onderdeel c, met een belastingaanslag gelijkgestelde beschikkingen inzake heffingsrente, inzake bestuurlijke boeten die worden opgelegd in verband met vorenbedoelde naheffingsaanslagen, inzake bestuurlijke boeten als bedoeld in hoofdstuk 9 van de Algemene douanewet, inzake compenserende rente of inzake kosten van ambtelijke werkzaamheden, indien de ingeogste of nog niet ingeogste vruchten, of roerende zaken tot stoffering van een huis of landhoef, of tot bebouwing of gebruik van het land, zich tijdens de beslaglegging op de bodem van de belastingschuldige bevinden*

Toelichting:

Verwezen zij naar de toelichting op het voorgestelde artikel 57 lid 5. Handhaving van het bodem(voor)recht na beslag buiten faillissement wordt niet voorgestaan omdat in dat geval faillietverklaring zou worden bevorderd.

Beslissingen rechter-commissaris

Voorstel:

Artikel 67 (eerste en tweede zin)

1. Van alle beschikkingen van de rechter-commissaris is gedurende vijf dagen hoger beroep bij het gerechtshof mogelijk, te rekenen vanaf de dag waarop de beschikking is gegeven. Het gerechtshof beslist na verhoor of behoorlijke oproeping van de belanghebbenden. (...).
2. (...).

Huidige tekst:

Artikel 67 (eerste en tweede zin)

1. Van alle beschikkingen van de rechter-commissaris is gedurende vijf dagen hoger beroep op de rechtbank mogelijk, te rekenen vanaf de dag waarop de beschikking is gegeven. De rechtbank beslist na verhoor of behoorlijke oproeping van de belanghebbenden. (...)
2. (...).

Toelichting:

In de memorie van toelichting van 1890 op artikel 67 stelt de minister:

*"Het Wetboek van Koophandel toch geeft geen enkele vingerwijzing omtrent het hooger beroep van beschikkingen door den Rechter-Commissaris genomen. Reeds de vraag wie de rechter in appèl is, houdt dan ook de jurisprudentie verdeeld. Zoowel de rechtbanken als de hoven hebben zich als zoodanig bevoegd en onbevoegd verklaard. Het ontwerp wijst daarom uitdrukkelijk de rechtbank aan, om van het hooger beroep kennis te nemen. Vooral met het oog op het gering aantal hoven is het wenselijk omtrent beheer en vereffening van den boedel in hoogste ressort door de rechtbank te laten beslissen, welk college met veel geringer kosten en minder tijdverlies tot het zoo wenschelijke hooren van belanghebbenden zal kunnen overgaan, dan een op betrekkelijk verren afstand gelegen gerechtshof. Te minder kan hiertegen bezwaar bestaan omdat het geen eigenlijk gezegde contradictoire gedingen geldt."*²

Sommige Tweede Kamerleden dachten daar echter anders over:

*"Volgens sommigen was het niet wenschelijk, dat de rechtbank, waaruit ook reeds de rechter-commissaris was gekomen, hier in hoogste ressort uitspraak deed. De toelichting, werd bovendien opgemerkt, toont die wenschelijkheid niet overtuigend aan. Het streven naar eene spoedige afwikkeling van het faillissement mag niet een gebrekkige rechtsbedeeling veroorzaken."*³

In de loop van de 120 jaar die sindsdien verstreken zijn hebben de argumenten van de minister voor het hoger beroep op de rechtbank aan kracht verloren en de argumenten van de bedoelde

² Memorie van Toelichting, Van der Feltz, Geschiedenis van de Faillissementswet II, p. 6.

³ Verslag van de Tweede Kamer, Van der Feltz, Geschiedenis van de Faillissementswet II, p. 7.

kamerleden aan kracht gewonnen. Niet langer kan gezegd worden dat de rechtbank met veel geringer kosten en minder tijdverlies dan een hof tot het horen van belanghebbenden kan overgaan. Het argument dat het geringere aantal hoven een bezwaar oplevert overtuigt ook niet langer, en wel eens te minder omdat er nu juist stemmen opgaan om de behandeling van faillissementen te concentreren. In het Voorontwerp van de Commissie Kortmann werd voorgesteld om faillissementen uitsluitend te laten behandelen door de rechtbanken van de vestigingsplaatsen van de hoven (zie bijvoorbeeld blz. 184 van dat rapport in de uitgave van het OOR). De overweging dat het niet zou gaan om eigenlijk gezegde contradictoire gedingen was niet zozeer een argument ten faveure van behandeling van de appellaten door de rechtbanken, maar eerder een argument waarom behandeling van het hoger beroep door rechters van de zelfde rechtbank als de rechter-commissaris niet zo bezwaarlijk zou zijn. In feite is het hoger beroep van een beschikking van de rechter-commissaris in veel gevallen wel degelijk een contradictoir geding waarbij bovendien niet zonder belang is dat de Hoge Raad de rechtsgang van artikel 67 in zaken van boedelbeheer tot een exclusieve heeft gemaakt (HR 21 januari 2005, NJ 2005, 250 Jomed). De argumenten van de kamerleden die bezwaar hadden, zijn echter onverminderd van kracht, zo zij al niet aan kracht gewonnen hebben. Deze kamerleden waren kennelijk van mening dat van rechters van dezelfde rechtbank als de rechter-commissaris niet voldoende distantie verwacht mag worden om geheel onafhankelijk over een beroep tegen de beschikking van die rechter-commissaris te beslissen. De praktijk laat ook zien dat ongeveer 10% van de artikel 67 beroepen slaagt; hetgeen veel minder is dan het gemiddelde van beroepen in civiele zaken bij een gerechtshof. Met name in gevallen waarin de rechter-commissaris afwijzend heeft beschikt op een verzoek ex artikel 69 is dit bezwaarlijk, omdat de rechter-commissaris hier niet beschouwd kan worden als een rechter die beslist in een procedure tussen gelijke partijen. De rechter-commissaris pleegt immers vertrouwelijk overleg met een van die partijen, de curator, en dat is ook in het belang van een effectieve faillissementsafwikkeling. De commissie meent dat om al deze redenen het hoger beroep van de beschikkingen van de rechter-commissaris dient te worden opgedragen aan rechters die niet tot hetzelfde college behoren als de rechter-commissaris, derhalve aan het hof.

Voorstel:

Artikel 69

1. Ieder der schuldeisers en boedelschuldeisers, de commissie uit de schuldeisers en ook de gefailleerde kunnen bij verzoekschrift tegen elke handeling van de curator bij de rechter-commissaris opkomen of van deze een bevel uitlokken, dat de curator een bepaalde handeling verrichte of een voorgenomen handeling nalate.
2. (...).

Huidige tekst:

Artikel 69

1. Ieder der schuldeisers, de commissie uit hun midden benoemd en ook de gefailleerde kunnen bij verzoekschrift tegen elke handeling van de curator bij de rechter-commissaris opkomen, of van deze een bevel uitlokken, dat de curator een bepaalde handeling verrichte of een voorgenomen handeling nalate.
2. (...).

Toelichting:

Thans bestaat verschil van inzicht in de vraag of aan boedelschuldeisers het recht toekomt een verzoekschrift in te dienen op de voet van artikel 69 lid 1. De commissie is van mening dat aan hen die bevoegdheid dient toe te komen, omdat, zo lang zij niet betaald zijn, zij belang kunnen hebben bij de afwikkeling van de boedel. In veel gevallen is de boedel negatief of mogelijk negatief en zijn zij voor hun voldoening afhankelijk van de wijze waarop de boedel wordt beheerd. In zoverre is de situatie thans anders dan ten tijde van de totstandkoming van de Faillissementswet toen nog uitgangspunt was dat de boedelschuldeisers buiten de afwikkeling stonden en direct en integraal betaald zouden worden. Die verandering is teweeg gebracht doordat de omvang van de boedelschulden, mede als gevolg van jurisprudentie van de Hoge Raad, sterk is toegenomen en doordat de omvang van het vrije actief, als gevolg van de uitbreiding van het bereik van pandrechten is afgenomen. Zie over de wenselijkheid boedelschuldeisers het recht te geven verzoeken in te dienen op de voet van artikel 69 lid 1 Rb Alkmaar 23 oktober 2009, JOR 2010, 281; Rb Amsterdam 13 augustus 2003, rek.nr. 01-237 (Tvl-Nieuwsbrief 2003/6 blz. 63); A-G Wuisman conclusie voor HR 16 oktober 2009, NJ 2009, 517; R.J. Verschoof, Behoort de rechtsgang van artikel 69 Fw. open te staan voor boedelschuldeisers?, *Advocatenblad* 1987, p. 7; W.C.L. van der Grinten, noot onder HR15 juli 1985, NJ 1986, 193; F.M.J. Verstijlen, Artikel 69 Fw. in het licht van de Antilliaanse faillissementszaken, *Advocatenblad* 1994, p. 857; F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss.) 1998, p. 320-325; F.M.J. Verstijlen, noot onder HR 5 september 2003, JOR 2003, 289.

Op grond van artikel 32 lid 3 van de Europese Insolventieverordening komt aan de curator die benoemd is in een buitenlandse procedure op de voet van artikel 3 lid 1 of 2 van die verordening een zelfde recht toe als aan een schuldeiser.

Schuldeiserscommissie en schuldeisersvergadering

Vorstel:

Artikel 75

1. Hetzij al of niet een voorlopige commissie uit de schuldeisers is benoemd, raadpleegt de rechter-commissaris in de eerste schuldeisersvergadering de schuldeisers over de benoeming van een definitieve commissie uit hun midden.
2. (...).
3. (...).

Huidige tekst:

Artikel 75

1. *Hetzij al of niet een voorlopige commissie uit de schuldeisers is benoemd, raadpleegt de rechter-commissaris op de verificatievergadering de schuldeisers, na afloop der verificatie, over de benoeming van een definitieve commissie uit hun midden. Zo de vergadering deze wenselijk acht, gaat hij dadelijk tot de benoeming over. Ook deze commissie bestaat uit een tot drie leden.*
2. (...).
3. (...).

Toelichting:

De beperking van het aantal leden van de commissie uit de schuldeisers tot maximaal drie wordt in de praktijk, vooral in omvangrijke en complexe faillissementen, als knellend ervaren. Een aantal van drie leden is dan veelal ontoereikend om de belangrijkste bij het faillissement betrokken groepen van schuldeisers te kunnen representeren. De commissie stelt dan ook voor deze beperking, in ieder geval voor de definitieve commissie, te schrappen.

Voor het overige wordt verwezen naar de toelichting op het nieuw voorgestelde artikel 80a.

Vorstel:

Artikel 80a

1. De rechter-commissaris bepaalt zo spoedig mogelijk nadat het vonnis van faillietverklaring is uitgesproken dag uur en plaats waarop de eerste schuldeisersvergadering zal worden gehouden. Deze vergadering vindt plaats ten laatste acht weken na de dag waarop het faillissement is uitgesproken. Indien de staat van de boedel zodanig is dat geen rekening gehouden hoeft te worden met de mogelijkheid dat een uitkering gedaan zal kunnen worden aan de concurrente of bevoorrechte schuldeisers kan de rechter-commissaris besluiten deze vergadering niet te houden.
2. Indien niet op de voet van het eerste lid een schuldeisersvergadering wordt gehouden, omdat de rechter-commissaris oordeelt dat de staat van de boedel zodanig is dat geen rekening gehouden hoeft te worden met de mogelijkheid dat een uitkering gedaan zal kunnen worden aan de concurrente of bevoorrechte schuldeisers, doch zich nadien omstandigheden voordoen op grond waarvan zulks niet langer geoordeeld kan worden bepaalt de rechter-commissaris alsnog dag uur en plaats waarop de eerste schuldeisersvergadering zal worden gehouden.

3. In de in het eerste lid bedoelde schuldeisersvergadering brengt de curator verslag uit over de toestand van de boedel en geeft hij daaromtrent alle door de schuldeisers verlangde inlichtingen. Het verslag wordt, met het proces-verbaal der vergadering, na afloop dier vergadering ter griffie nedergelegd ter kosteloze inzage van een ieder. De nederlegging geschiedt kosteloos.
4. De curator raadpleegt in voorkomende gevallen de schuldeisers over de voortzetting van de onderneming. Het oordeel van de schuldeisers is niet bindend.

Toelichting:

Het huidige artikel 108 lid 1 bepaalt dat de rechter-commissaris uiterlijk veertien dagen nadat het vonnis van faillietverklaring in kracht van gewijsde is gegaan de verificatievergadering uitschrijft. Dit artikel wordt in de praktijk niet toegepast. Daarvoor bestaan in hoofdzaak drie redenen, namelijk:

- a. het verifiëren van schulden levert overbodig werk op indien nog onvoldoende zekerheid bestaat dat een uitkering aan de schuldeisers zal kunnen plaatsvinden;
- b. omdat het voor de curator aan het begin van het faillissement vaak moeilijk is om te bepalen of ingediende schulden betwist dienen te worden en betwisting in een later stadium niet mogelijk is, kan een vroege verificatievergadering leiden tot overbodige renvooi-procedures, en;
- c. omdat slechts in de verificatievergadering een akkoord aangeboden kan worden kan een vroege verificatievergadering ertoe leiden dat de mogelijkheid om een akkoord tot stand te laten komen onnodig wordt afgesneden.

Door niet aanstonds de verificatievergadering uit te schrijven worden aan de crediteuren echter tevens mogelijkheden onthouden om de loop van het faillissement te beïnvloeden die door de faillissementswetgever wel bedoeld waren. De belangrijkste daarvan zijn het recht benoeming van een schuldeiserscommissie te verlangen (artikel 75), het recht op inlichtingen van de curator ter vergadering (artikel 137) en het recht te beslissen over voortzetting van de onderneming (artikel 173a). De commissie meent dat aan de strekking van de Faillissementswet recht wordt gedaan door te bepalen dat aan het begin van het faillissement een schuldeiservergadering dient te worden gehouden waarin van de eerste twee rechten gebruik kan worden gemaakt en waarin de schuldeisers hun mening kunnen geven over de voortzetting van de onderneming. De commissie is van mening dat het oordeel van de schuldeisers hierover niet bindend behoort te zijn, omdat binnen de schuldeisersgemeenschap op dit punt tegenstrijdige belangen kunnen bestaan. De regeling van artikel 78 lid 1 verschaft hier een adequatere oplossing.

De verificatie en beslissing over een akkoord kan dan, zo nodig, op een later tijdstip plaatsvinden. De eerste schuldeisersvergadering kan achterwege blijven indien geen rekening gehouden hoeft te worden met een mogelijke uitkering aan schuldeisers. In dat geval hebben zij onvoldoende belang bij een schuldeisersvergadering.

Omdat de schuldeisers nog niet zijn geverifieerd zal voor het bepalen van het stemrecht van de schuldeisers de surseanceregeling van artikel 218 lid 3 gevolgd moeten worden met dien verstande dat de beslissing genomen wordt door de rechter-commissaris. Daartoe wordt voorgesteld artikel 82 aan te passen.

Het voorgestelde lid 3 is ontleend aan artikel 137 lid 1. Het voorgestelde lid 4 is ontleend aan het huidige artikel 173a.

Voorstel:

Artikel 82

Vóór de verificatievergadering beslist bij betwisting van een schuld door de curator of een schuldeiser de rechter-commissaris of en tot welk bedrag de betwiste schuldeiser mag stemmen. In en na de verificatievergadering zijn stemgerechtigd de erkende en de voorwaardelijk toegelaten schuldeisers, alsmede de toonder ener ten name van "toonder" geverifieerde schuldvordering.

Huidige tekst:

Artikel 82

Stemgerechtigd zijn de erkende en de voorwaardelijk toegelaten schuldeisers, alsmede de toonder ener ten name van "toonder" geverifieerde schuldvordering.

Toelichting:

Verwezen zij naar de toelichting op het voorgestelde artikel 80a.

Voorstel:

Artikel 84

1. Behalve de door deze wet voorgeschreven vergaderingen, wordt er een vergadering van schuldeisers gehouden, zo dikwijls de rechter-commissaris dit nodig oordeelt of hem daartoe door de commissie der schuldeisers of door ten minste vijf schuldeisers, vertegenwoordigende één vijfde der erkende en der voorwaardelijk toegelaten schuldvorderingen, dan wel, zo nog geen verificatievergadering gehouden is, vertegenwoordigende één vijfde der in de laatste schuldeisersvergadering toegelaten schuldvorderingen, een met redenen omkleed verzoek wordt gedaan.
2. (...).

Huidige tekst:

Artikel 84

1. *Behalve de door deze wet voorgeschreven vergaderingen, wordt er een vergadering van schuldeisers gehouden, zo dikwijls de rechter-commissaris dit nodig oordeelt of hem daartoe door de commissie uit de schuldeisers of door ten minste vijf schuldeisers, vertegenwoordigende één vijfde deel der erkende en der voorwaardelijk toegelaten schuldvorderingen, een met redenen omkleed verzoek wordt gedaan.*
2. (...).

Toelichting:

De toevoeging ziet op schuldeisersvergaderingen die na de eerste schuldeisersvergadering doch vóór de verificatievergadering worden gehouden.

Voorstel:**Artikel 108**

1. De rechter-commissaris bepaalt, indien baten beschikbaar zijn gekomen die op de voet van de artikelen 180 en volgende uitgedeeld kunnen worden aan de schuldeisers, tenzij toepassing wordt gegeven aan 137a, en voorts indien hij zulks van belang acht voor het beheer en de vereffening van de boedel:
 - a. de dag, waarop uiterlijk de schuldvorderingen ingediend moeten worden;
 - b. dag, uur en plaats, waarop de verificatievergadering wordt gehouden.
2. (...).

Huidige tekst:**Artikel 108**

1. De rechter-commissaris bepaalt uiterlijk binnen veertien dagen nadat het vonnis van faillietverklaring in kracht van gewijsde is gegaan:
 1. de dag, waarop uiterlijk de schuldvorderingen ingediend moeten worden;
 2. dag, uur en plaats, waarop de verificatievergadering zal gehouden worden.
2. (...).

Toelichting:

Aan de termijn van het huidige artikel 108 lid 1 wordt om de redenen vermeld in de toelichting op het voorgestelde artikel 80a geen toepassing meer gegeven. Voorgesteld wordt om de eerste schuldeisersvergadering te ontkoppelen van de verificatie die dan op een later moment kan plaatsvinden. Verwezen zij naar de toelichting op artikel 80a.

Maatwerkbeplating

Vorstel:

Artikel 5

1. De verzoekschriften, bedoeld in het vorige artikel en in de artikelen 8, 9, 10, 11, 14a, tweede lid, 15c, tweede lid, 67, 155, 166, 198 en 206, worden ingediend door een advocaat.

Artikel 14a

1. Bij de faillietverklaring kan de rechter ter bescherming van de belangen van de schuldeisers en op grond van zwaarwegende redenen, zo nodig in afwijking van deze wet, zodanige bepalingen maken als met het oog op een doelmatige afwikkeling van het faillissement vereist zijn.
2. De rechtbank kan dit, op voordracht van de rechter-commissaris of op verzoek van de curator, de commissie uit de schuldeisers, een schuldeiser of ambtshalve, ook gedurende het faillissement doen. Over deze voordracht of dit verzoek worden de schuldenaar, de curator, de commissie uit de schuldeisers en de curator in een insolventieprocedure op de voet van artikel 3, eerste of tweede lid, van de in artikel 5, derde lid, genoemde verordening gehoord.

Artikel 14b

1. Beslissingen betreffende de toepassing van artikel 14a worden op dezelfde wijze openbaar gemaakt als het vonnis van faillietverklaring.
2. Binnen acht dagen na de beschikking van de rechtbank kunnen de schuldenaar, de curator, de commissie uit de schuldeisers of een schuldeiser tegen die beschikking in hoger beroep komen.
3. Het hoger beroep geschiedt bij een verzoekschrift, in te dienen ter griffie van het gerechtshof, dat van de zaak moet kennis nemen. De voorzitter bepaalt terstond dag en uur voor de behandeling, welke zal moeten plaats hebben binnen twintig dagen. Van het hoger beroep wordt door de griffier van het rechtscollege, waarbij het is aangebracht, onverwijld kennis gegeven aan de griffier van de rechtbank, die de beschikking heeft gegeven.
4. Cassatie wordt binnen dezelfde termijnen en op dezelfde wijze aangetekend en behandeld.

Artikel 225

1. Bij het voorlopig verlenen der surseance kan de rechtbank ter bescherming van de belangen van de schuldeisers en op grond van zwaarwegende redenen, zo nodig in afwijking van deze wet, zodanige bepalingen maken als met het oog op een doelmatig verloop van de surseance vereist zijn.
2. De rechtbank kan dit, op voordracht van de rechter-commissaris zo die is benoemd, op verzoek van de bewindvoerders of van één of meer schuldeisers dan wel ambtshalve ook gedurende de surseance doen. Over deze voordracht of dit verzoek worden de schuldenaar, de bewindvoerder en de curator in een insolventieprocedure op de voet van artikel 3, eerste of tweede lid, van de in artikel 5, derde lid, genoemde verordening gehoord.

Artikel 225a

1. ~~Beslissingen betreffende de toepassing van artikel 225 worden op dezelfde wijze openbaar gemaakt als beslissingen waarbij definitieve surseance is verleend.~~
2. Binnen acht dagen na de beschikking van de rechtbank kunnen de schuldenaar, de bewindvoerder of een schuldeiser tegen die beschikking in hoger beroep komen.
3. Het hoger beroep geschiedt bij een verzoekschrift, in te dienen ter griffie van het gerechtshof, dat van de zaak moet kennis nemen. De voorzitter bepaalt terstond dag en uur voor de behandeling, welke zal moeten plaats hebben binnen twintig dagen. Van het hoger beroep wordt door de griffier van het rechtscollege, waarbij het is aangebracht, onverwijld kennis gegeven aan de griffier van de rechtbank, die de beschikking heeft gegeven.
4. Cassatie wordt binnen dezelfde termijnen en op dezelfde wijze aangetekend en behandeld.

Artikel 281a t/m 281f

Vervallen.

Artikel 290

1. De rechter die de toepassing van de schuldsaneringsregeling uitspreekt, kan in deze uitspraak ter bescherming van de belangen van de schuldeisers en op grond van zwaarwegende redenen, zo nodig in afwijking van deze wet, zodanige bepalingen maken als met het oog op een doelmatig verloop van de schuldsaneringsregeling vereist zijn.
2. De rechtbank kan dit ook terwijl de schuldsaneringsregeling van toepassing is op verzoek van de bewindvoerder of van één of meer schuldeisers dan wel ambtshalve. Over deze voordracht of dit verzoek worden de schuldenaar, de bewindvoerder en de curator in een insolventieprocedure op de voet van artikel 3, eerste of tweede lid, van de in artikel 5, derde lid, genoemde verordening gehoord.

Artikel 290a

1. ~~Beslissingen betreffende de toepassing van artikel 290 worden op dezelfde wijze openbaar gemaakt als beslissingen tot toepassing van de schuldsaneringsregeling.~~
2. Binnen acht dagen na de beschikking van de rechtbank kunnen de schuldenaar, de bewindvoerder of een schuldeiser tegen die beschikking in hoger beroep komen.
3. Het hoger beroep geschiedt bij een verzoekschrift, in te dienen ter griffie van het gerechtshof, dat van de zaak moet kennis nemen. De voorzitter bepaalt terstond dag en uur voor de behandeling, welke zal moeten plaats hebben binnen twintig dagen. Van het hoger beroep wordt door de griffier van het rechtscollege, waarbij het is aangebracht, onverwijld kennis gegeven aan de griffier van de rechtbank, die de beschikking heeft gegeven.
4. Cassatie wordt binnen dezelfde termijnen en op dezelfde wijze aangetekend en behandeld.

Huidige tekst:

Artikel 5

1. *De verzoekschriften, bedoeld in het vorige artikel en in de artikelen 8, 9, 10, 11, 15c, tweede lid, 67, 155, 166, 198 en 206, worden ingediend door een advocaat.*

Artikel 225

1. *Bij het voorlopig verlenen der surseance kan de rechtbank zodanige bepalingen maken, als zij ter beveiliging van de belangen der schuldeisers nodig oordeelt.*
2. *Zij kan dit ook gedurende de surseance doen op voordracht van de rechter-commissaris zo die is benoemd, op verzoek van de bewindvoerders of van één of meer schuldeisers dan wel ambtshalve.*

Artikel 290

1. *De rechter die de toepassing van de schuldsaneringsregeling uitspreekt, kan in deze uitspraak tevens voorzieningen treffen die hij ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers nodig oordeelt.*
2. *De rechter-commissaris kan dit ook terwijl de schuldsaneringsregeling van toepassing is op verzoek van de bewindvoerder of van één of meer schuldeisers dan wel ambtshalve.*

Toelichting:

De voorgestelde bepalingen van de artikelen 14a, 14b en 225a en de herziene bepalingen van de artikelen 225 en 290 zijn geïnspireerd door de artikelen 2.2.10 en 2.13.3 van het Voorontwerp van de Commissie Kortmann. Zoals de Commissie Kortmann ter toelichting op die bepalingen overwoog, kan de wenselijkheid van een mogelijkheid van afwijkende regelingen, zoals thans overigens ook reeds voorzien in de artikelen 225 en 290, zich bijvoorbeeld voordoen in grote insolventies, als zich problemen aandienen bij de verificatie van grote aantallen toondervorderingen en verzet tegen uitdelingslijsten. Ook kan gedacht worden aan het bepalen van een 'voting record date' (UPC, KPN Qwest).

Met de Commissie Kortmann is de commissie van mening dat de mogelijkheid om afwijkende regelingen te treffen vanwege de rechtszekerheid beperkt dient te zijn. Afwijking is slechts geoorloofd op grond van zwaarwegende redenen en voor zover dit met het oog op een doelmatige afwikkeling van de insolventie vereist is. De bevoegdheid vindt haar begrenzing in het feit dat de te treffen bepalingen vereist dienen te zijn met het oog op een doelmatige afwikkeling van het faillissement, de surseance of de schuldsaneringsregeling, alleen getroffen kunnen worden op grond van zwaarwegende redenen en afwijkingen van de wet beperkt zijn tot de Faillissementswet. Voorts moeten de regelingen gericht zijn op de bescherming van de belangen van de schuldeisers. Het zal in de regel gaan om afwijking van procedurele bepalingen. Met het oog op de rechtszekerheid dient de rechter zeer terughoudend te zijn met materiële wijzigingen. Men denke bijvoorbeeld aan bijzondere regelingen bij grensoverschrijdende insolventies. De wijzigingsbevoegdheid dient, gezien het mogelijk ingrijpende karakter, alleen toe te komen aan de rechtbank (of indien toepassing wordt gegeven gelijktijdig met faillietverklaring of toepassing van de schuldsaneringsregeling door het hof, door het hof) en niet mede aan de rechter-commissaris. Wel kan de rechter-commissaris daartoe een voordracht doen. Wegens het ingrijpende karakter is ook voorzien in het horen van de schuldenaar, de schuldeiserscommissie indien die er is, en de curator dan wel de bewindvoerder. Omdat de regelingen gericht dienen te zijn op de bescherming van de belangen van de schuldeisers, is er geen aanleiding om ook de schuldenaar de bevoegdheid te geven een verzoek tot toepassing van de artikelen 14a, 225 en 290 te doen.

Omdat, in de gevallen waarin dat gebeurt, de getroffen voorzieningen een belangrijke afwijking kunnen inhouden van hetgeen anders zou gelden, wordt in de voorgestelde artikelen 14b, 225a

en 290a bepaald dat beslissingen waarbij toepassing wordt gegeven aan de artikel 14a, 225 en 290, op dezelfde wijze worden gepubliceerd als het vonnis van faillietverklaring, respectievelijk de beschikking tot surseanceverlening en het vonnis waarbij de schuldsaneringsregeling wordt toegepast.

De commissie deelt de mening van de Commissie Kortmann dat, vanwege het ingrijpende karakter, tegen de beslissing tot toepassing van artikel 14a, 225 of 290 wel een rechtsmiddel dient open te staan. In de regel zal een snelle beslissing op het beroep gewenst zijn. De artikelen 14b, 225a en 290a bevatten een daarop gerichte regeling.

De voorgestelde regeling levert voor omvangrijke insolventieprocedures een flexibelere en betere regeling dan de regeling die thans voor grote surseances vervat is in de artikelen 281a-281f. Laatstgenoemde bepalingen dienen te vervallen.

Wederkerige overeenkomsten

Voorstel:

Artikel 37

1. Indien een wederkerige overeenkomst ten tijde van de faillietverklaring zowel door de schuldenaar als door zijn wederpartij in het geheel niet of slechts gedeeltelijk is nagekomen, kan de curator eigener beweging of op schriftelijk verzoek van de wederpartij verklaren of hij de overeenkomst gestand doet.
2. Indien de curator verklaart de overeenkomst gestand te doen, kan de rechter-commissaris op verzoek van de wederpartij bepalen dat de curator verplicht is voor deze nakoming zekerheid te stellen. De rechter-commissaris kan regels stellen met betrekking tot de aard en omvang van de te stellen zekerheid.
3. De overeenkomst is jegens de schuldenaar ontbonden indien de curator:
 - a. niet binnen een hem daartoe schriftelijk door de wederpartij gestelde redelijke termijn verklaart dat hij de overeenkomst gestand doet, of;
 - b. verklaart dat hij de overeenkomst niet gestand doet.
4. Het eerste tot en met derde lid zijn niet van toepassing op overeenkomsten waarbij de kenmerkende prestatie van de schuldenaar bestaat uit door hem persoonlijk te verrichten handelingen.

Artikel 37a

1. Voor vorderingen die de wederpartij uit hoofde van ontbinding of vernietiging van een vóór de faillietverklaring met de schuldenaar gesloten overeenkomst op deze heeft verkregen, of die strekken tot schadevergoeding ter zake van tekortschieten in de nakoming van een vóór de faillietverklaring op deze verkregen vordering, kan zij als concurrent schuldeiser in het faillissement opkomen.
2. Buiten het geval van artikel 37 tweede lid kan een vordering van de wederpartij tot nakoming van een vóór de faillietverklaring met de schuldenaar gesloten overeenkomst slechts worden geverifieerd voor ten hoogste het bedrag van de schadevergoeding waarop zij aanspraak zou hebben, indien zij de overeenkomst wegens een tekortkoming van de schuldenaar had ontbonden.

Artikel 37b

1. De curator kan eigener beweging of op schriftelijk verzoek van de wederpartij van een met de schuldenaar vóór de faillietverklaring gesloten overeenkomst verklaren dat de door de wederpartij ingevolgde deze overeenkomst te verrichten prestaties benodigd zijn voor:
 - a. het voortzetten van een door de schuldenaar gedreven onderneming, of;
 - b. de eerste levensbehoeften van een natuurlijk persoon.
2. Indien de curator verklaart overeenkomstig het vorige lid, kan de wederpartij gedurende de afkoelingsperiode als bedoeld in artikel 63a geen verzoek doen als bedoeld in het eerste lid van artikel 37 en is zij niet bevoegd de nakoming van haar verbintenissen op te schorten wegens het niet nakomen door de schuldenaar van een vóór de faillietverklaring ontstane verbintenis.
3. Overeenkomsten ten aanzien waarvan de curator een verklaring als bedoeld in het eerste lid heeft gegeven, kunnen gedurende de afkoelingsperiode niet worden beëindigd. Indien een zodanige overeenkomst is geëindigd binnen één maand voor de aangifte of het verzoek tot faillietverklaring, is de curator bevoegd de overeenkomst alsnog, op gelijke

- voorwaarden als vóór de beëindiging, te doen voortzetten voor ten hoogste de duur van de afkoelingsperiode.
4. De tegenover de door de wederpartij te verrichten prestaties staande verplichtingen van de schuldenaar uit de overeenkomst zijn boedelschuld. Artikel 37, tweede lid, is van overeenkomstige toepassing.
 5. Het eerste lid is niet van toepassing ten aanzien van overeenkomsten tot het verstrekken van krediet.
 6. De curator is bevoegd zijn verklaring met inachtneming van een redelijke termijn in te trekken. Artikel 37 vindt toepassing vanaf het tijdstip van intrekking.
 7. Toepassing van dit artikel kan, geheel of gedeeltelijk, bij algemene maatregel van bestuur voor bepaalde overeenkomsten worden uitgesloten.
 8. De rechter-commissaris kan dit artikel, geheel of gedeeltelijk, op verzoek van de wederpartij buiten toepassing verklaren, indien toepassing daarvan voor haar tot onevenredig nadeel lijdt.

Artikel 38a

Vervallen.

Artikel 67 (derde zin)

1. (...)
(...) Niettemin staat geen hoger beroep open van de beschikkingen, vermeld in de artikelen 21, 2^o en 4^o, 34, 37b, achtste lid, 58, eerste lid, 59a, derde lid, 60, derde lid, 73a, tweede lid, 79, 82, 93a, 94, 98, 100, 102, 125, 127, vierde lid, 137a, eerste lid, 174, 175, tweede lid, 176, eerste en tweede lid, 177, 179 en 180.
2. (...).

Artikel 68

1. (...).
2. Alvorens in rechte op te treden, behalve waar het verificatiegeschillen betreft, alsmede in de gevallen van de artikelen 37, 37b, 39, 40, 58, tweede lid, 60, tweede en derde lid, en 60a, eerste lid, behoeft de curator machtiging van de rechter-commissaris.

Artikel 236

1. Indien een wederkerige overeenkomst ten tijde van de faillietverklaring zowel door de schuldenaar als door zijn wederpartij in het geheel niet of slechts gedeeltelijk is nagekomen, kunnen de schuldenaar en de bewindvoerder eigener beweging of op schriftelijk verzoek van de wederpartij verklaren of zij de overeenkomst gestand doen.
2. Indien de schuldenaar en de bewindvoerder verklaren de overeenkomst gestand te doen, kan de rechtbank of de rechter-commissaris zo die is benoemd op verzoek van de wederpartij bepalen dat zij verplicht zijn voor deze nakoming zekerheid te stellen. De rechtbank of de rechter-commissaris zo die is benoemd kan regels stellen met betrekking tot de aard en omvang van de te stellen zekerheid.
3. De overeenkomst is jegens de schuldenaar ontbonden indien de schuldenaar en de bewindvoerder:
 - a. desverzocht niet binnen een hem daartoe schriftelijk door de wederpartij gestelde redelijke termijn verklaren of zij de overeenkomst gestand doen, of;
 - b. verklaren dat zij de overeenkomst niet gestand doen.

Artikel 236a

1. Voor vorderingen die de wederpartij uit hoofde van ontbinding of vernietiging van een vóór de aanvang van de surseance met de schuldenaar gesloten overeenkomst op deze heeft verkregen, of die strekken tot schadevergoeding ter zake van tekortschieten in de nakoming van een vóór de faillietverklaring op deze verkregen vordering, kan zij opkomen op de voet, in artikel 233 bepaald.
2. Buiten het geval van artikel 236 tweede lid kan de wederpartij voor een vordering tot nakoming van een vóór de aanvang van de surseance met de schuldenaar gesloten overeenkomst slechts opkomen op de voet van artikel 233 tot ten hoogste het bedrag van de schadevergoeding waarop zij aanspraak zou hebben, indien zij de overeenkomst wegens een tekortkoming van de schuldenaar had ontbonden.

Artikel 237b

1. De schuldenaar en de bewindvoerder kunnen eigener beweging of op schriftelijk verzoek van de wederpartij van een met de schuldenaar vóór de faillietverklaring gesloten overeenkomst verklaren dat de door de wederpartij ingevolge deze overeenkomst te verrichten prestaties benodigd zijn voor:
 - a. het voortzetten van een door de schuldenaar gedreven onderneming, of;
 - b. de eerste levensbehoeften van een natuurlijk persoon.
2. Indien de schuldenaar en de bewindvoerder verklaren overeenkomstig het vorige lid, kan de wederpartij gedurende de afkoelingsperiode als bedoeld in artikel 241 a geen verzoek doen als bedoeld in het eerste lid van artikel 236 en is zij niet bevoegd de nakoming van haar verbintenissen op te schorten wegens het niet nakomen door de schuldenaar van een vóór de aanvang van de surseance ontstane verbintenis.
3. Overeenkomsten ten aanzien waarvan de schuldenaar en de bewindvoerder een verklaring als bedoeld in het eerste lid hebben gegeven, kunnen gedurende de afkoelingsperiode niet worden beëindigd. Indien een zodanige overeenkomst is geëindigd binnen één maand voor de aanvang van de surseance, zijn de schuldenaar en de bewindvoerder bevoegd de overeenkomst alsnog, op gelijke voorwaarden als vóór de beëindiging, te doen voortzetten voor ten hoogste de duur van de afkoelingsperiode.
4. De tegenover de door de wederpartij te verrichten prestaties staande verplichtingen van de schuldenaar uit de overeenkomst zijn boedelschuld. Artikel 236, tweede lid, is van overeenkomstige toepassing.
5. Het eerste lid is niet van toepassing ten aanzien van overeenkomsten tot het verstrekken van krediet.
6. De schuldenaar en de bewindvoerder zijn bevoegd hun verklaring met inachtneming van een redelijke termijn in te trekken. Artikel 236 vindt toepassing vanaf het tijdstip van intrekking.
7. Toepassing van dit artikel kan, geheel of gedeeltelijk, bij algemene maatregel van bestuur voor bepaalde overeenkomsten worden uitgesloten.
8. De rechtbank of de rechter-commissaris zo die is benoemd kan dit artikel, geheel of gedeeltelijk, op verzoek van de wederpartij buiten toepassing verklaren, indien toepassing daarvan voor haar tot onevenredig nadeel lijdt.

Artikel 313

1. De artikelen 24 tot en met 31, 34 tot en met 37b, 40 tot en met 52, 54 tot en met 56 en 60a tot en met 63a en 63c zijn van overeenkomstige toepassing.
2. (...).

Huidige tekst:

Artikel 37

1. *Indien een wederkerige overeenkomst ten tijde van de faillietverklaring zowel door de schuldenaar als door zijn wederpartij in het geheel niet of slechts gedeeltelijk is nagekomen en de curator zich niet binnen een hem daartoe schriftelijk door de wederpartij gestelde redelijke termijn bereid verklaart de overeenkomst gestand te doen, verliest de curator het recht zijnerzijds nakoming van de overeenkomst te vorderen.*
2. *Indien de curator zich wel tot nakoming van de overeenkomst bereid verklaart, is hij verplicht bij die verklaring voor deze nakoming zekerheid te stellen.*
3. *De vorige leden zijn niet van toepassing op overeenkomsten waarbij de gefailleerde slechts verbintenissen op zich heeft genomen tot door hem persoonlijk te verrichten handelingen.*

Artikel 37a

Voor vorderingen die de wederpartij uit hoofde van ontbinding of vernietiging van een vóór de faillietverklaring met de schuldenaar gesloten overeenkomst op deze heeft verkregen, of die strekken tot schadevergoeding ter zake van tekortschieten in de nakoming van een vóór de faillietverklaring op deze verkregen vordering, kan zij als concurrent schuldeiser in het faillissement opkomen.

Artikel 37b

1. *Een wederpartij is niet bevoegd de nakoming van zijn verbintenis die voortvloeit uit een overeenkomst tot het geregeld afleveren van gas, water, elektriciteit of verwarming, benodigd voor de eerste levensbehoeften of voor het voortzetten van de door de schuldenaar gedreven onderneming, jegens de schuldenaar op te schorten wegens het door de schuldenaar niet nakomen van een vóór de faillietverklaring ontstane verbintenis tot betaling van een geldsom.*
2. *Een tekortkoming door de schuldenaar in de nakoming van een verbintenis als in het eerste lid bedoeld, die plaatsvond vóór de faillietverklaring, levert geen grond op voor ontbinding van een overeenkomst als bedoeld in het eerste lid.*
3. *Een beroep door de wederpartij op een beding dat het faillissement, de aanvraag van het faillissement of het leggen van beslag door een derde grond oplevert voor ontbinding van een overeenkomst als bedoeld in het eerste lid, dan wel dat die overeenkomst daardoor van rechtswege zal zijn ontbonden, is slechts toegelaten met goedvinden van de curator.*

Artikel 67

1. (...) (...) *Niettemin staat geen hoger beroep open van de beschikkingen, vermeld in de artikelen 21, 2^o en 4^o, 34, 58, eerste lid, 59a, derde lid, 60, derde lid, 73a, tweede lid, 79, 93a, 94, 98, 100, 102, 125, 127, vierde lid, 137a, eerste lid, 174, 175, tweede lid, 176, eerste en tweede lid, 177, 179 en 180.*
2. (...).

Artikel 68

1. (...).
2. *Alvorens in rechte op te treden, behalve waar het verificatiegeschillen betreft, alsmede in*

de gevallen van de artikelen 37, 39, 40, 58, tweede lid, 60, tweede en derde lid, en 60a, eerste lid, behoeft de curator machtiging van de rechter-commissaris.

Artikel 236

1. *Indien een wederkerige overeenkomst bij de aanvang van de surseance zowel door de schuldenaar als door zijn wederpartij in het geheel niet of slechts gedeeltelijk is nagekomen en de schuldenaar en de bewindvoerder zich niet binnen een hun daartoe schriftelijk door de wederpartij gestelde redelijke termijn bereid verklaren de overeenkomst gestand te doen, verliezen zij het recht hunnerzijds nakoming van de overeenkomst te vorderen.*
2. *Indien de schuldenaar en de bewindvoerder zich wel tot nakoming van de overeenkomst bereid verklaren, zijn zij verplicht desverlangd voor deze nakoming zekerheid te stellen.*
3. *De vorige leden zijn niet van toepassing op overeenkomsten waarbij de schuldenaar slechts verbintenissen op zich heeft genomen tot door hem persoonlijk te verrichten handelingen.*

Artikel 236a

Voor vorderingen die de wederpartij uit hoofde van ontbinding of vernietiging van een vóór de aanvang van de surseance met de schuldenaar gesloten overeenkomst op deze heeft verkregen, of die strekken tot schadevergoeding ter zake van tekortschieten in de nakoming van een vóór de aanvang van de surseance op deze verkregen vordering, kan zij opkomen op de voet, in artikel 233 bepaald.

Artikel 237b

1. *Een wederpartij is niet bevoegd de nakoming van zijn verbintenis die voortvloeit uit een overeenkomst tot het geregeld afleveren van gas, water, elektriciteit of verwarming, benodigd voor de eerste levensbehoeften of voor het voortzetten van de door de schuldenaar gedreven onderneming, jegens de schuldenaar op te schorten wegens het door de schuldenaar niet nakomen van een vóór de surseance ontstane verbintenis tot betaling van een geldsom.*
2. *Een tekortkoming door de schuldenaar in de nakoming van een verbintenis als in het eerste lid bedoeld, die plaatsvond vóór de verlening van de surseance, levert geen grond op voor ontbinding van een overeenkomst als bedoeld in het eerste lid.*
3. *Een beroep door de wederpartij op een beding dat verlening van de surseance, de aanvraag van de surseance of het leggen van beslag grond oplevert voor ontbinding van een overeenkomst als bedoeld in het eerste lid, dan wel dat die overeenkomst daardoor van rechtswege zal zijn ontbonden, is slechts toegelaten met goedvinden van de schuldenaar en de bewindvoerder.*

Artikel 313

1. *De artikelen 24 tot en met 31, 34 tot en met 38a, 40 tot en met 52, 54 tot en met 56 en 60a tot en met 63a zijn van overeenkomstige toepassing.*
2. (...).

Toelichting:

De regeling met betrekking tot wederkerige overeenkomsten in de huidige Faillissementswet

wordt in de praktijk als gebrekkig ervaren. Zo schept de regeling onvoldoende duidelijkheid over de posities van partijen bij overeenkomsten die over en weer nog niet volledig zijn nagekomen indien de wederpartij niet tot termijnstelling als bedoeld in het eerste lid van artikel 37 overgaat en de curator niet bereid is de overeenkomst gestand te doen. Deze onduidelijkheid treft niet alleen nog niet afgewikkelde overeenkomsten die strekken tot een eenmalige prestatie, zoals een koopovereenkomst, maar ook – en vooral – duurovereenkomsten die strekken tot het over en weer verrichten van herhaalde of voortdurende prestaties. Als voorbeelden van dergelijke duurovereenkomsten noemt de Commissie Kortmann in haar toelichting op art. 3.4.1. van haar Voorontwerp onder meer overeenkomsten van bewaarneming, aanneming van werk, verzekering, bruikleen, krediet (al dan niet in rekening-courant), doorlopende opdrachten en licentie-overeenkomsten. Daarbij moet worden opgemerkt dat het onderscheid tussen deze zogenaamd enkelvoudige overeenkomsten en duurovereenkomsten in de praktijk vaak vloeier is dan in theorie het geval lijkt te zijn. Zo kan een koopovereenkomst garanties bevatten die betrekking hebben op (toekomstige) eigenschappen van het verkochte en kunnen de verplichtingen van de koper mede afhankelijk zijn gesteld van toekomstige ontwikkelingen.

In al deze gevallen leidt de huidige tekst van artikel 37 ertoe dat, indien de wederpartij in de hiervóór bedoelde twee gevallen niet zelf tot beëindiging van de overeenkomst overgaat, de overeenkomst blijft bestaan en daaruit rechten en verplichtingen voor zowel de schuldenaar als de wederpartij blijven ontstaan. Weliswaar zullen de verplichtingen niet door de curator behoeven te worden nagekomen, maar daar staat tegenover dat ook hij geen nakoming kan vorderen. Onduidelijk is in hoeverre dit laatste eraan in de weg staat dat de wederpartij zichzelf, buiten de curator om, kan voldoen. Zie daarover het preadvies van F.M.J. Verstijlen, *De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement*, Vereniging voor Burgerlijk recht 2006. Voorts kan het voortduren van de overeenkomst tot ongewenste gevolgen leiden nadat het faillissement, bij natuurlijke personen, wordt beëindigd door opheffing of het verbindend worden van de slotuitdelingslijst of, zowel bij natuurlijke personen als bij rechtspersonen, door de totstandkoming van een akkoord. De schuldenaar zou in dat geval wel eens ten volle geconfronteerd kunnen worden met de verplichtingen die tijdens het faillissement uit de overeenkomst zijn ontstaan.

Indien het faillissement van een rechtspersoon eindigt als gevolg van opheffing of het verbindend worden van de slotuitdelingslijst, doet dit probleem zich niet voor. De rechtspersoon houdt in dat geval op te bestaan. In deze situatie valt evenmin in te zien welk belang met het voortduren van de overeenkomst tijdens het faillissement is gediend.

Een ander bezwaar betreft het feit dat een regeling ontbreekt op grond van waarvan de curator prestaties kan afdwingen die noodzakelijk zijn voor het behoud van een door de schuldenaar gedreven onderneming of zijn eerste levensbehoeften. Thans is in artikel 37b uitsluitend voor nutsvoorzieningen een regeling opgenomen. Deze regeling is door de wetgever uitdrukkelijk beperkt tot bedoelde voorzieningen en heeft bovendien als gevolg van de liberalisering van de energiemarkt grotendeels haar praktische betekenis verloren. Andere overeenkomsten die noodzakelijk zijn voor het behoud van de onderneming van de schuldenaar, en aldus ook voor een maximalisatie van de opbrengst voor de schuldeisers, vallen daar niet onder. Voorbeelden van dergelijke overeenkomsten zijn huurovereenkomsten, afname- en leverantiecontracten, licentieovereenkomsten en franchiseovereenkomsten.

Het voorgestelde artikel 37b bevat een regeling die ziet op alle soorten overeenkomsten waarvan de (tijdelijke) voortzetting noodzakelijk wordt geacht voor het behoud van de door de schuldenaar gedreven onderneming of zijn eerste levensbehoeften. De nieuwe bepaling beoogt

evenwicht te brengen tussen deze belangen en de belangen van de wederpartij. Zo wordt het enerzijds aan de curator gelaten om te bepalen of van een overeenkomst in de hiervóór bedoelde zin sprake is. Vermeden dient te worden dat er onduidelijkheid bestaat over de vraag of de regeling van artikel 37b van toepassing is. Dat is ingevolge het eerste lid het geval indien de curator, al dan niet op verzoek van de wederpartij, verklaart dat de door de wederpartij ingevolge deze overeenkomst te verrichten prestaties benodigd zijn voor de voortzetting van de onderneming van de schuldenaar of diens eerste levensbehoeften. Voor het uitbrengen van een dergelijke verklaring heeft hij overigens wel de machtiging van de rechter-commissaris. Wordt een verklaring van deze strekking uitgebracht, dan zal de wederpartij ingevolge het tweede en het derde lid zijn verplichtingen niet kunnen opschorten of de overeenkomst kunnen beëindigen. Voor het geval de overeenkomst kort voor het faillissement is geëindigd, kan op grond van het tweede lid alsnog voortzetting daarvan worden verlangd.

Anderzijds worden de belangen van de wederpartij gewaarborgd doordat het vierde lid bepaalt dat de tegenprestaties uit de overeenkomst een boedelschuld vormen. De curator zal slechts toepassing aan het artikel mogen geven indien hij redelijkerwijs mag aannemen dat de boedel in staat zal zijn deze schuld te voldoen. Zo nodig kan voor deze tegenprestaties zekerheid worden gevraagd op de voet van artikel 37 lid 2. Voorts is de duur van de voortzetting beperkt tot die van de afkoelingsperiode. Aangenomen mag worden dat binnen die periode duidelijkheid zal zijn verkregen over de verdere afwikkeling en dat zo nodig alternatieve voorzieningen door de curator, de eventuele koper van de onderneming of de schuldenaar zullen zijn getroffen. Mocht dat al vóór het einde van de afkoelingsperiode het geval zijn, dan kan de curator de toepasselijkheid van de regeling van artikel 37b op grond van het zesde lid al eerder beëindigen. Mocht de wederpartij als gevolg van de toepassing van artikel 37b onevenredig in zijn belangen worden getroffen en is de curator niet bereid of in staat daaraan tegemoet te komen, dan biedt het achtste lid van artikel 37b de mogelijkheid de tussenkomst van de rechter-commissaris in te roepen die de regeling geheel of gedeeltelijk buiten toepassing kan stellen.

Niet uitgesloten is dat de regeling van artikel 37b niet bij alle soorten van overeenkomsten praktisch toepasbaar of wenselijk is. De commissie is van oordeel dat dit zich bij kredietovereenkomsten voordoet. Deze zijn dan ook in het vijfde lid van de werking van de bepaling uitgesloten. Om de regeling ook voor het overige enige flexibiliteit te geven en gelijke pas te kunnen laten houden met de rechtsontwikkeling, kunnen ingevolge het zevende lid ook andere soorten overeenkomsten worden uitgezonderd.

Opgemerkt zij dat de UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law aanbevelingen bevat die in lijn zijn met hetgeen hiervóór is opgemerkt. Zo wordt aanbevolen om de curator de bevoegdheid te geven te bepalen of een overeenkomst in het belang van de boedel moet worden voortgezet of moet worden beëindigd. Uitzonderingen kunnen worden opgenomen voor specifieke overeenkomsten, zoals financiële overeenkomsten of arbeidsovereenkomsten. De voorgestelde aanpassingen zijn geïnspireerd door de voorstellen van de Commissie Kortmann en vormen een gedeeltelijke herinvoering van de voor 1992 geldende bepalingen onder artikel 37. Een belangrijk verschil met het Voorontwerp van de Commissie Kortmann is dat, in het licht van hetgeen hiervóór is opgemerkt, het niet gestand doen van de overeenkomst ontbinding daarvan tot gevolg heeft. Een ander verschil is dat geen voorstellen worden gedaan tot wijziging van de bepalingen omtrent huur, pacht en arbeidsovereenkomst. De voorgestelde wijzigingen van het vierde lid van artikel 37 en artikel 236 dienen ter verduidelijking dat overeenkomsten waarvan door de schuldenaar persoonlijk te verrichten handelingen een essentieel element vormen, zijn uitgesloten van de werking van deze bepalingen. Lezing van de

huidige tekst zou tot het misverstand kunnen leiden dat deze uitzondering niet zou gelden voor overeenkomsten die ook andere, ondergeschikte, verplichtingen voor de schuldenaar bevatten.

Titel IV

Gerechtigd insolventieadviseur en akkoord buiten insolventie

Voorstel:

Artikel 361a

1. Een schuldenaar kan, indien redelijkerwijs is te voorzien dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan, de rechtbank verzoeken een gerechtelijk insolventieadviseur aan te stellen. Ieder beding dat de schuldenaar verplicht een derde te informeren omtrent het verzoek tot aanstelling of de aanstelling van een gerechtelijk insolventieadviseur of dat aan zodanig verzoek voorwaarden verbindt of dat aan zodanig verzoek of zodanige aanstelling gevolgen verbindt voor lopende overeenkomsten, is nietig.
2. Bevoegd is de rechtbank van de woonplaats van de schuldenaar.

Artikel 361b

Het verzoek tot het benoemen van een gerechtelijk insolventieadviseur dient vergezeld te gaan van:

- a. een lijst van baten en lasten met daarin de termijn en voorwaarden van de opeisbare schulden en hun preferentie;
- b. een liquiditeitsprognose met een opgave hoe lang de schuldenaar kan voortgaan met het betalen van zijn opeisbare schulden;
- c. een opgave van zekerheid voor voldoening van de kosten en de beloning van de gerechtelijk insolventieadviseur.

Artikel 361c

1. De rechtbank zal, indien aan de voorschriften van artikel 361b is voldaan, dadelijk een gerechtelijk insolventieadviseur aanstellen alsmede een der leden van de rechtbank als rechter-commissaris benoemen.
2. Indien een verzoek tot het benoemen van een gerechtelijk insolventieadviseur wordt ingediend binnen één jaar nadat een eerder daartoe strekkend verzoek is ingediend, kan de rechtbank dit verzoek afwijzen.
3. Tegen een afwijzende beschikking is geen hogere voorziening toegelaten.

Artikel 361d

1. De gerechtelijk insolventieadviseur geeft de schuldenaar advies en begeleiding bij de omgang met zijn schuldeisers en de regeling van zijn schulden.
2. De schuldenaar is verplicht de gerechtelijk insolventieadviseur volledige medewerking te verlenen en volledig inzage te verschaffen in zijn boeken, bescheiden en andere gegevensdragers.
3. Indien de schuldenaar een akkoord heeft aangeboden in de zin van artikel 361i, brengt de gerechtelijk insolventieadviseur hierover schriftelijk verslag uit.

Artikel 361e

De gerechtelijk insolventieadviseur doet desgevraagd van zijn werkzaamheden verslag aan de rechter-commissaris. De rechter-commissaris kan te allen tijde verschijning van de gerechtelijk insolventieadviseur in persoon gelasten. In geval van faillietverklaring, (voorlopige) verlening van surseance van betaling of toepassing van de schuldsaneringsregeling verschafft de

voormalige gerechtelijk insolventieadviseur desgevraagd alle benodigde en tot zijn beschikking staande informatie aan de curator of bewindvoerder.

Artikel 361f

1. De gerechtelijk insolventieadviseur mag de bij de vervulling van zijn taak noodzakelijk gemaakte kosten in rekening brengen.
2. De rechtbank kan aan de gerechtelijk insolventieadviseur ten laste van de schuldenaar een beloning toekennen.

Artikel 361g

1. De taak van de gerechtelijk insolventieadviseur eindigt:
 - a. door tijdsverloop, indien hij voor een bepaalde termijn was benoemd;
 - b. door faillietverklaring van of verlening van (voorlopige) surseance van betaling aan de schuldenaar of het ten aanzien van hem van toepassing verklaren van de schuldsaneringsregeling;
 - c. door ontslag dat hem door de rechtbank wordt verleend.
2. Het ontslag van de gerechtelijk insolventieadviseur zal hem door de rechtbank worden verleend:
 - a. op eigen verzoek;
 - b. wegens gewichtige redenen;
 - c. op verzoek van de schuldenaar.
3. De schuldenaar en de gerechtelijk insolventieadviseur worden gehoord of behoorlijk opgeroepen.

Artikel 361h

Indien de schuldenaar binnen drie maanden na het einde van de taak van de gerechtelijk insolventieadviseur failliet wordt verklaard, hem (voorlopige) surseance wordt verleend of ten aanzien van hem de schuldsaneringsregeling van toepassing wordt verklaard, vormt de vordering ter zake van kosten en de beloning van de gerechtelijk insolventieadviseur een boedelschuld.

Toelichting:

Met de voorgestelde wijzigingen wordt beoogd de schuldenaar de mogelijkheid te geven een adviseur te benoemen ten einde hem van advies te dienen over de mogelijkheden in het zicht of ter voorkoming van zijn insolventie. De gerechtelijk insolventieadviseur zal de schuldenaar kunnen adviseren over zijn mogelijkheden tot het continueren van de bedrijfsvoering buiten faillissement. Daarnaast kan de gerechtelijk insolventieadviseur een rol spelen bij een "pre pack", zodat een beoogde doorstart vóór de faillietverklaring of surseanceverlening kan worden voorbereid en waardevernietiging zo veel mogelijk kan worden voorkomen. De gerechtelijk insolventieadviseur treedt op als adviseur, niet als beheerder/bewindvoerder. Desalniettemin zal aan zijn oordeel groot gewicht toekomen, nu hij wordt aangesteld door de rechtbank en om zijn ontslag kan vragen indien hij bijvoorbeeld van oordeel is dat de schuldenaar onvoldoende medewerking verleent of een faillissement, surseance van betaling of schuldsanering is aangewezen. Indien de schuldenaar na de aanstelling van een gerechtelijk insolventieadviseur

in staat van faillissement wordt verklaard, hem surseance van betaling wordt verleend of de schuldsaneringsregeling op hem van toepassing wordt verklaard, ligt het in de rede dat hij tot curator respectievelijk bewindvoerder wordt benoemd.

Het voorstel is geïnspireerd door de regeling in afdeling 7.2 van het Voorontwerp van de Commissie Kortmann ter regeling van een stille bewindvoerder, maar verschilt hierin dat de rol van de gerechtelijke insolventieadviseur beperkt blijft tot die van een zuivere adviseur.

Voorstel:

Artikel 361i

1. Indien een gerechtelijk insolventieadviseur is benoemd, kan de schuldenaar de rechtbank verzoeken één of meer schuldeisers die weigert of weigeren mee te werken aan een aangeboden schuldregeling, te bevelen in te stemmen met deze schuldregeling.
2. De rechtbank stelt terstond dag, uur en plaats vast waarop zij de schuldenaar, de schuldeiser of schuldeisers waarop het verzoek betrekking heeft alsmede de gerechtelijk insolventieadviseur, zal horen. De gerechtelijk insolventieadviseur en de rechter-commissaris brengen uiterlijk op de dag van de zitting schriftelijk verslag uit.
3. De griffier roept de schuldenaar en de gerechtelijk insolventieadviseur op bij brief en roept de schuldeiser of schuldeisers op bij aangetekende brief, tenzij de rechter anders bepaalt.
4. De rechtbank doet op de dag van de zitting of uiterlijk op de achtste dag daarna uitspraak op het verzoekschrift. De uitspraak geschiedt bij vonnis.
5. De rechtbank wijst het verzoek toe indien de schuldeiser in redelijkheid niet tot weigering van instemming met de schuldregeling heeft kunnen komen, in aanmerking genomen de onevenredigheid tussen het belang dat hij heeft bij uitoefening van de bevoegdheid tot weigering en de belangen van de schuldenaar of van de overige schuldeisers die door de weigering worden geschaad. Artikel 300, lid 1, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek is van toepassing.

Artikel 361j

1. Binnen acht dagen na de beschikking van de rechtbank kan, indien het verzoek is geweigerd, de schuldenaar, en indien het verzoek is toegestaan, de schuldeiser, tegen de beschikking in hoger beroep komen.
2. Het hoger beroep geschiedt bij een verzoekschrift, in te dienen ter griffie van het gerechtshof, dat van de zaak moet kennis nemen. De voorzitter bepaalt terstond dag en uur voor de behandeling, welke zal moeten plaats hebben binnen twintig dagen. Van het hoger beroep wordt door de griffier van het gerechtcollege, waarbij het is aangebracht, onverwijld kennis gegeven aan de griffier van de rechtbank, die de beschikking als bedoeld in het eerste lid heeft gegeven.
3. Cassatie wordt binnen dezelfde termijnen en op dezelfde wijze aangetekend en behandeld.

Toelichting:

De commissie is van oordeel dat in de praktijk thans geen dringende behoefte bestaat aan een uitgebreide regeling voor een akkoord buiten insolventie. De commissie is wel van oordeel dat een beperkte regeling van nut kan zijn in die gevallen dat één of meerdere schuldeisers zich apert onredelijk opstellen en daardoor de belangen van de schuldenaar of de overige

schuldeisers onevenredig worden geschaad. Een snelle rechtsgang is in die gevallen gewenst. Een kort geding van de schuldenaar tegen de weigerende schuldeiser(s) komt, onder meer als gevolg van de beperkingen die inherent zijn aan een voorlopige voorziening, onvoldoende tegemoet aan de behoefte aan een spoedige en definitieve beslissing in dit soort gevallen. De commissie heeft aansluiting gezocht bij de bestaande regeling van artikel 287a. Een waarborg tegen een al te gemakkelijk afgedwongen medewerking aan een schuldregeling wordt geboden doordat voorwaarde voor het doen van een verzoek tot bevel tot instemming met een schuldregeling is dat een gerechtelijk insolventieadviseur is benoemd. Deze dient zijn advies te geven over het voorstel en zal bij de behandeling van het verzoek ook worden gehoord.

Afkoelingsperiode: verbruik, gebruik, vervreemding en vergoeding**Voorstel:****Artikel 63c**

1. Indien de schuldenaar een onderneming heeft en hij vóór de faillietverklaring de bevoegdheid had tot gebruik, verbruik of vervreemding van goederen als bedoeld in artikel 63a, eerste lid, komt deze bevoegdheid tijdens de afkoelingsperiode toe aan de curator die de onderneming of een onderdeel daarvan voortzet. Dit geldt ook indien deze bevoegdheid door of na de faillietverklaring zou eindigen.
2. De in het eerste lid bedoelde bevoegdheid komt de curator alleen toe voor zover dit past binnen de normale uitoefening van de onderneming.
3. De curator die gebruik maakt van de in het eerste lid bedoelde bevoegdheid, betaalt aan degene die daardoor schade lijdt, een, zo nodig door de rechter-commissaris, te bepalen vergoeding, die de benadeelde zoveel mogelijk in de positie brengt waarin hij zou hebben verkeerd indien er geen afkoelingsperiode zou hebben gegolden. De desbetreffende vordering is een boedelvordering.
4. De rechter-commissaris kan op verzoek van elke belanghebbende of ambtshalve bepalen dat de curator de in het eerste lid bedoelde bevoegdheid slechts uitoefent indien hij zekerheid stelt voor de in het derde lid bedoelde vergoeding.
5. De rechter-commissaris kan de in het eerste lid bedoelde bevoegdheid op verzoek van elke belanghebbende of ambtshalve beperken of opheffen. De rechter-commissaris beslist, na de curator gehoord te hebben, binnen drie dagen. Zolang de rechter-commissaris niet heeft beslist, maakt de curator geen gebruik van de bevoegdheid tot verbruik of vervreemding.

Artikel 63c

Vervallen.

Artikel 241c

1. De schuldenaar die een onderneming heeft en vóór de (voorlopige) verlening van surseance van betaling de bevoegdheid had tot gebruik, verbruik of vervreemding van goederen als bedoeld in artikel 241a, eerste lid, blijft deze bevoegdheid tijdens de afkoelingsperiode behouden. Dit geldt ook indien deze bevoegdheid door of na de (voorlopige) verlening van surseance van betaling zou eindigen.
2. De in het eerste lid bedoelde bevoegdheid komt de schuldenaar alleen toe voor zover dit past binnen de normale uitoefening van de onderneming.
3. De schuldenaar die gebruik maakt van de in het eerste lid bedoelde bevoegdheid, betaalt aan degene die daardoor schade lijdt, een, zo nodig door de rechter of de rechter-commissaris zo die is benoemd, te bepalen vergoeding, die de benadeelde zoveel mogelijk in de positie brengt waarin hij zou hebben verkeerd indien er geen afkoelingsperiode zou hebben gegolden. De desbetreffende vordering is een boedelvordering.
4. De rechter of de rechter-commissaris zo die is benoemd kan op verzoek van elke belanghebbende of ambtshalve bepalen dat de schuldenaar de in het eerste lid bedoelde bevoegdheid slechts uitoefent indien hij zekerheid stelt voor de in het derde lid bedoelde vergoeding.
5. De rechter of de rechter-commissaris zo die is benoemd kan de in het eerste lid bedoelde bevoegdheid op verzoek van elke belanghebbende of ambtshalve beperken of opheffen.

De rechter of de rechter-commissaris zo die is benoemd beslist, na de schuldenaar en de bewindvoerder gehoord te hebben, binnen drie dagen. Zolang de rechter of, indien benoemd, de rechter-commissaris niet heeft beslist, maakt de schuldenaar geen gebruik van de bevoegdheid tot verbruik of vervreemding.

Artikel 241c

Vervallen.

Toelichting:

De huidige Faillissementswet voorziet niet in een regeling met betrekking tot het verbruik, gebruik, of de vervreemding van goederen die getroffen worden door een afkoelingsperiode. De afkoelingsperiode heeft mede ten doel de mogelijkheden van een doorstart te onderzoeken. Wil de afkoelingsperiode dat gewenste effect sorteren, dan dient de curator de goederen die noodzakelijk zijn voor de voortzetting van de uitoefening van de onderneming aan te kunnen wenden op dezelfde wijze als vóór het faillissement. In het huidige systeem is onduidelijk of deze bevoegdheid bestaat en of en zo ja welke vergoeding daar tegenover dient te staan. Dit leidt tot onzekerheid en discussie hetgeen de doorstartmogelijkheden niet ten goede komt. Het voorstel, dat in belangrijke mate ontleend is aan artikel 3.6.4 van het Voorontwerp van de Commissie Kortmann, voorziet in de mogelijkheid tot verbruik, gebruik en vervreemding van die goederen voor zover dit past binnen de normale uitoefening van de onderneming en voorziet in een wijze van vaststelling van een vergoeding voor die aanwending. De bevoegdheid is uitdrukkelijk beperkt tot de situatie waarin de schuldenaar een onderneming heeft. De voorgestelde regeling beoogt overigens geen wijziging te brengen in de praktijk dat de curator slechts bedoelde goederen verbruikt of vervreemdt indien de boedel voor de daarvoor te betalen vergoeding verhaal biedt.

Het voorgestelde artikel 241c regelt op dezelfde wijze deze bevoegdheid voor de schuldenaar, die voor de uitoefening daarvan overigens wel op grond van artikel 228 de toestemming van de bewindvoerder nodig heeft.

Artikel 63c is door de voorgestelde aanpassing van artikel 313 van overeenkomstige toepassing in de schuldsaneringsregeling.

Het huidige artikel 63c (artikel 241c in surseance) voorziet in de inperking van de bevoegdheden van de ontvanger tijdens de afkoelingsperiode en kan gezien het voorgestelde artikel 57 lid 5 komen te vervallen.

Postblokkade

Voorstel:

Artikel 14

1. Het vonnis van faillietverklaring houdt in de benoeming van een der leden van de rechtbank tot rechter-commissaris in het faillissement, en de aanstelling van een of meer curators. De rechter die de faillietverklaring uitspreekt, geeft in de uitspraak tevens last aan de curator tot het kennismaken van aan de schuldenaar gerichte brieven, andere postzendingen en langs elektronische weg verzonden berichten gedurende een periode van ten hoogste een jaar vanaf de faillietverklaring, welke termijn eenmaal of meermalen kan worden verlengd. De rechter kan deze last in omvang beperken.
2. (...).
3. (...).
4. (...).

Huidige tekst:

Artikel 14

1. *Het vonnis van faillietverklaring houdt in de benoeming van een der leden van de rechtbank tot rechter-commissaris in het faillissement, en de aanstelling van een of meer curators. De rechter die de faillietverklaring uitspreekt, geeft in de uitspraak tevens last aan de curator tot het openen van aan de gefailleerde gerichte brieven en telegrammen. De rechtbank vermeldt op het vonnis het tijdstip van de faillietverklaring tot op de minuut nauwkeurig.*
2. (...).
3. (...).
4. (...).

Toelichting:

De postblokkade wordt uitgebreid met elektronische communicatiemiddelen en wordt in tijd beperkt.