



de Rechtspraak

De minister van Veiligheid en Justitie
mr. I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

bezoekadres
Kneuterdijk 1
2514 EM Den Haag

correspondentieadres
Postbus 90613
2509 LP Den Haag

T (088) 36 10000
F (088) 36 10022
www.rechtspraak.nl

datum 5 februari 2014
contactpersoon Voorlichting
e-mail voorlichting@rechtspraak.nl
telefoonnummer 06-46116548
uw kenmerk 438067
onderwerp Advies wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I

Geachte heer Opstelten,

Bij brief van 22 oktober 2013, kenmerk 438067 verzocht u de Raad voor de rechtspraak (de “**Raad**”) advies uit te brengen inzake het wetsvoorstel Wijziging van de Faillissementswet in verband met de mogelijkheid van aanwijzing door de rechtbank van een beoogd curator ter bevordering van de doelmatige afwikkeling dan wel toepassing van een eventueel faillissement of surseance van betaling (Wet continuïteit ondernemingen I - het “**wetsvoorstel**”).

Het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel introduceert een regeling op basis waarvan de rechtbank, op verzoek van een onderneming met ernstige financiële problemen, kan aanwijzen wie in geval van een eventuele faillietverklaring of verlening van surseance van betaling benoemd zal worden als curator of bewindvoerder en rechter-commissaris.

De regeling heeft een tweeledig doel. Enerzijds beoogt zij de gestructureerde en doelmatige toepassing van surseances van betaling en een efficiënte afwikkeling van faillissementen te faciliteren. Anderzijds is zij erop gericht om – waar dit mogelijk blijkt – de doorstart van op zichzelf levensvatbare gedeelten van de onderneming na faillissement te bespoedigen door de onderneming in staat te stellen daartoe al voorafgaand aan het moment van faillietverklaring de benodigde voorbereidingen te treffen en deze af te stemmen met de beoogd curator.

Het wetsvoorstel maakt deel uit van het programma Herijking Faillissementsrecht¹ en is onderdeel van de tweede pijler: versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven, dat erop gericht is onnodige faillissementen te voorkomen.²

¹ De overige twee pijlers betreffen fraudebestrijding en modernisering van de faillissementsprocedure (zie Kamerstukken II, 2012-2013, 29 911, nr. 74).

² Kamerstukken II, 2012-2013, 33 695, nr. 1.



de Rechtspraak

datum 5 februari 2014
pagina 2 van 14

Gehoord de gerechten, adviseert de Raad als volgt.³

Advies

De Raad stelt voorop dat hij heeft gemerkt dat er in de praktijk een sterke roep is naar wetgeving die een Nederlandse variant kan zijn op de “*pre-pack*”. De afgelopen periode hebben verschillende rechtbanken op grond van deze praktijkwens een vorm van “stille bewindvoering” ontwikkeld. De reactie op het wetsvoorstel is mede ingegeven door de ervaringen die met deze stille bewindvoering zijn opgedaan. Hierna zal, waar bedoeld wordt op de periode voor faillissement/surveillance van betaling, steeds de term “stille bewindvoering” worden gebruikt, hoewel de Raad zich bewust is van het feit dat deze vlag de lading niet dekt. Voorts, teneinde de leesbaarheid te verhogen, zal uitsluitend worden gesproken over “beoogd curator” wanneer wordt bedoeld “beoogd curator of beoogd bewindvoerder”.

Het wetsvoorstel is een kaderregeling, die dan ook geen antwoord geeft op alle in de praktijk gestelde vragen. De vraag rijst dan ook of de praktijk, nu deze blijkens de memorie van toelichting een grote rol krijgt toebedeeld bij de uitwerking van die kaders, niet wordt overvraagd. Dat geldt temeer nu “de” praktijk grotendeels bestaat uit partijen die direct belang hebben bij de periode van stille bewindvoering (schuldenaars, hun adviseurs, beoogd curatoren, de kring van geselecteerde schuldeisers). Waar buiten de openbaarheid afspraken worden gemaakt tussen een select aantal bij de schuldenaar betrokkenen, passen duidelijke wettelijke kaders. Die kaders kunnen slechts gedeeltelijk door “de” praktijk worden ingevuld. Bij die gedeeltelijke invulling ter gelegenheid van de implementatie van deze wetgeving ziet de Raad een rol weggelegd voor het landelijk overlegorgaan van rechters-commissaris in faillissementen (“Recofa”).

Dat er een wet komt die een zogenaamde stille periode mogelijk maakt, acht de Raad een goede ontwikkeling. De uitgangspunten van het wetsvoorstel onderschrijft de Raad, voor zover de hierna door de Raad gedane aanbevelingen worden overgenomen.

1. Artikel I, Onderdelen B en C, Artikelen 6 en 14a

1.1 Transparantie

De Raad acht het van belang, in het kader van de transparantie, in een faillissementsvonnis aan te geven wanneer voorafgaand aan het faillissement een beoogd curator was aangewezen. Dit geeft op het

³ De Raad voor de rechtspraak heeft op grond van artikel 95 Wet op de rechterlijke organisatie een wettelijke adviestaak met betrekking tot nieuwe wets- en beleidsvoorstellen die gevolgen hebben voor de rechtspraak. De adviezen worden vastgesteld na overleg met de gerechten. De Raad voor de rechtspraak is een adviescollege in de zin van artikel 79 en 80 van de Grondwet. Bij het opstellen van zijn adviezen beoordeelt de Raad de voorgenomen wet- en regelgeving in het bijzonder op de gevolgen voor de organisatie en de werklast van de gerechten en op de (praktische) toepasbaarheid en uitvoerbaarheid. Rechters zijn bij de behandeling van individuele zaken niet gebonden aan de inhoud van de wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak.



de Rechtspraak

datum 5 februari 2014
pagina 3 van 14

moment van uitspreken van het faillissement de gewenste openheid aan derden. Het verdient de voorkeur dat in de memorie van toelichting tot uitdrukking te brengen.

1.2 Te horen personen bij faillietverklaring (artikel 6, eerste lid)

In het licht van het voorgaande valt op dat de in de voorgestelde, aan artikel 6, eerste lid, toe te voegen nieuwe zin (Onderdeel B sub 2) genoemde kring van te horen personen kleiner is dan de in artikel 73 Faillissementswet (Fw) genoemde kring. De Raad stelt voor beide kringen gelijk te houden: net als tijdens faillissement, kunnen zich bij de schuldeisers ook tijdens de periode van stille bewindvoering bezwaren ontwikkelen tegen de beoogd curator. De beoogd rechter-commissaris dient naar het oordeel van de Raad te allen tijde te worden gehoord. De relevantie voor de beslissing over de faillietverklaring van de bevindingen van de beoogd rechter-commissaris neemt af naarmate de periode tussen de stille bewindvoering en de behandeling van het verzoek of de eigen aangifte langer duurt. De Raad stelt dan ook voor die termijn te beperken tot drie maanden na het verstrijken van de hieronder in het kader van de bespreking van artikel 363 lid 3 voorgestelde termijn (zie voorstel onder 3.1.2).

Voorts dient de lopende stille bewindvoering bekend te worden gemaakt aan degene die tijdens de stille bewindvoering faillietverklaring van de schuldenaar verzoekt, nadat het verzoek tot faillietverklaring bekend is gemaakt aan de beoogd curator en de schuldenaar. Het verzoek tot faillietverklaring van een derde kan immers reden zijn om de handdoek in de stille bewindvoeringsring te gooien.

Door bekendmaking van de stille bewindvoering aan de verzoeker-schuldeiser wordt de ongelijkheid in informatie die tussen partijen bij het faillissementsverzoek (schuldenaar en verzoeker) bestaat ten aanzien van de stille bewindvoering, opgeheven. Die bekendmaking stelt de verzoeker-schuldeiser bovendien in de gelegenheid zich een positie te verwerven in de stille bewindvoering. Ter voorkoming van misverstanden zou in de memorie van toelichting kunnen worden opgenomen dat de behandeling van het faillissementsverzoek niet wordt geschorst ten gevolge van een lopende of (voor of na het verzoek) aangevraagde stille bewindvoering.

1.3 Vervanging beoogd curator en beoogd rechter-commissaris bij faillietverklaring (artikel 14a)

Indien aan de faillietverklaring een aanwijzing van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris vooraf is gegaan, stelt de rechtbank de aangewezen persoon of personen aan als curator en benoemt zij het aangewezen lid van haar rechtbank als rechter-commissaris in het faillissement, tenzij de rechtbank gewichtige redenen aanwezig acht om een andere curator dan wel een andere rechter-commissaris te benoemen, aldus artikel 14a. De memorie van toelichting noemt als voorbeeld van een gewichtige reden een vertrouwensbreuk tussen schuldenaar en beoogd curator.

Het komt de Raad voor dat het de rechtbank ook vrij moet staan om de beoogd curator te benoemen tot curator, ook al is er sprake van een vertrouwensbreuk: het kan immers zo zijn dat de beoogd curator het meest geschikt is om het faillissement af te wikkelen. Artikel 14a biedt de rechtbank de mogelijkheid een ander te benoemen, het beperkt haar niet in haar benoemingen. Het verdient de voorkeur dat in de memorie van toelichting tot uitdrukking te brengen.



de Rechtspraak

datum 5 februari 2014
pagina 4 van 14

2. Artikel I, Onderdelen D en E, Artikelen 215 en 223a

De hiervoor ten aanzien van de onderdelen B en C gemaakte opmerkingen zijn *mutatis mutandis* van toepassing op de onderdelen D en E.

3. Artikel I, Onderdeel F

3.1 Aanwijzing beoogd curator of beoogd bewindvoerder (artikel 363)

3.1.1 Artikel 363 lid 1 en lid 2

3.1.1.1 Financiële toestand verzoeker

In het voorliggende artikel 363 lijkt iets te missen, namelijk de financiële toestand van de verzoeker. In de regeling wordt immers “een grondslag (...) geboden om de curator al bij een in ernstige financiële moeilijkheden verkerende onderneming te betrekken voordat sprake is van een faillissement” (memorie van toelichting, paragraaf 2).

Aannemelijk moet worden gemaakt dat een stille bewindvoering “meerwaarde” heeft. In artikel 363, eerste lid 1, wordt door de “of-bepaling” de indruk gewekt dat daarbij aan de belangen van maatschappelijke aard zonder meer evenveel gewicht moet worden toegekend als aan de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Dit is niet in overeenstemming met de jurisprudentie (Sigmacon II, Maclou, Mobell), hetgeen in de memorie van toelichting (paragraaf 3) lijkt te worden bevestigd: “De beoogd curator laat zich in de uitoefening van zijn taak steeds leiden door de belangen van de gezamenlijke crediteuren”.

De recente stille bewindvoering van een ziekenhuis heeft aangetoond dat betrokkenheid van de beoogde curatoren in een pre-faillissementsfase zijn vruchten kan afwerpen. Maar ook daar werd één en ander ingegeven door een slechte financiële situatie en was er (dus) sprake van zowel een maatschappelijk belang als een belang van de gezamenlijke schuldeisers. Het is de vraag of een aanwijzing kan volgen indien niet aannemelijk is gemaakt dat het belang van de gezamenlijke schuldeisers daarmee is gediend, maar wel belangen van maatschappelijke aard. Een verzoek tot stille bewindvoering op basis van louter maatschappelijke belangen lijkt slechts kans van slagen te kunnen hebben, indien die belangen voldoende zwaarwegend zijn en tenminste óók aannemelijk wordt gemaakt dat de – ten tijde van het verzoek – bestaande positie van gezamenlijke schuldeisers geen nadelige gevolgen zal ondervinden van de stille bewindvoering. Het criterium voor aanwijzing van een beoogd curator is daarmee in lijn met het criterium waaraan de taakuitoefening van de curator moet worden getoetst teneinde te voorkomen dat de beoogd curator kort na aanvang van zijn taakuitoefening moet constateren dat de redenen waarvoor hij is aangewezen conflicteren met zijn taakuitoefening van (beoogd) curator. Stel immers dat het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator louter is ingegeven door belangen van maatschappelijke aard, waarbij na aanwijzing blijkt dat door de stille periode de belangen van de gezamenlijke schuldeisers worden geschaad. In dat geval zou de beoogd curator terstond zijn taak moeten neerleggen.

Gelet op het voorgaande adviseert de Raad om geen “of-bepaling” op te nemen.



de Rechtspraak

datum 5 februari 2014
pagina 5 van 14

Meer in het algemeen kan worden opgemerkt dat indien niet aannemelijk wordt gemaakt dat de schuldenaar de periode van stille bewindvoering de lopende en nieuwe betalingsverplichtingen zal (kunnen) voldoen, bij de beoordeling van het verzoek de vraag in ogenschouw dient te worden genomen of de schuldenaar feitelijk niet reeds verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen. Aan transacties die gedurende de periode van stille bewindvoering worden aangegaan én niet worden nagekomen, zijn bovendien voor het bestuur van de vennootschap de nodige risico's verbonden (de Beklamel-norm, Hoge Raad 6 oktober 1989, NJ 1990/286, m.nt. Ma).

De Raad tekent daarbij aan dat de vraag rijst wat de reactie van de beoogd curator zou moeten zijn als hij transacties waarneemt die kunnen leiden tot aansprakelijkheid op basis van de zogenaamde Beklamel-norm. Die aansprakelijkheid geldt immers voor de bestuurders en niet voor de onderneming ten aanzien waarvan hij beoogd curator is. De transactie die tot aansprakelijkheid kan leiden op grond van de zogenaamde Beklamel-norm, kan heel goed in het belang van de onderneming zijn. Het komt de Raad voor dat een beoogd curator een zodanige transactie niet zomaar mag laten passeren: hij zal de onderneming en de bestuurders op de (voorgenomen) schending van de Beklamel-norm moeten wijzen en, indien men toch doorzet, zijn aanwijzing moeten teruggeven. Wat de Raad betreft betekent dat tevens het einde van de periode van stille bewindvoering.

Een andere vraag betreft de eigen positie van de beoogd curator. Niet is uit te sluiten dat hij door de contractpartij jegens wie de Beklamel-norm is geschonden, voor de aldus geleden schade aansprakelijk wordt gesteld als hij niet heeft ingegrepen.

Teneinde deze problemen zoveel mogelijk te voorkomen dient de liquiditeitspositie bij de beoordeling van het aanwijzingsverzoek zodanig te zijn dat betaling van lopende en nieuwe verplichtingen is gegarandeerd.

3.1.1.2 Het verzoek van de schuldenaar, vragen van de rechtbank

Wanneer een schuldenaar een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator doet, dan dient deze het verzoek te onderbouwen op grond van artikel 363 lid 2. De rechtbank dient een zodanig verzoek kritisch te onderzoeken. Gezien het gebrek aan transparantie in de periode van stille bewindvoering, moet de meerwaarde van stille bewindvoering boven een faillissement of surseance van betaling boven twijfel verheven zijn. Het verzoek dient derhalve niet alleen goed beargumenteerd te zijn, maar dient ook van de noodzakelijke documenten te zijn voorzien.

Daarnaast dient de schuldenaar in het verzoek aan te geven op welke wijze hij in de periode van stille bewindvoering de onderneming voort wenst te zetten, en dient de noodzakelijke informatie voor de beoogd curator gereed te zijn. Teneinde hiervan verzekerd te zijn, zal Recofa een vragenlijst ontwikkelen teneinde na indiening van een verzoek snel te kunnen schakelen. Er wordt door verschillende rechtbanken al gebruik gemaakt van een zodanige vragenlijst.

3.1.2 Artikel 363 lid 3

Nu in de memorie van toelichting reeds de verwachting wordt uitgesproken dat door de rechtbank in vrijwel alle gevallen een termijn aan de aanwijzing zal worden verbonden, is het wenselijk in de wet de maximale duur van een eerste termijn aan te geven. Aldus kan na een eerste termijn worden bezien of er nog steeds sprake is van een situatie die voldoet aan de vereisten van artikel 363 en wordt benadrukt dat de termijn van aanwijzing niet langer dient te duren dan strikt noodzakelijk is om de met deze wet



de Rechtspraak

datum 5 februari 2014
pagina 6 van 14

beoogde doelen te bereiken. In de praktijk lijkt een eerste termijn van maximaal twee weken meestal voldoende te zijn. Het verdient dan ook aanbeveling in de wettekst expliciet te bepalen dat de aanwijzing geldt voor een termijn van maximaal twee weken, welke termijn op verzoek kan worden verlengd met een termijn van maximaal twee weken. De periode van stille bewindvoering dient, gezien het gebrek aan transparantie, beperkt te blijven tot maximaal vier weken. Voor verlenging dienen dezelfde vereisten als voor het eerste verzoek te gelden, bijvoorbeeld daar waar het betreft de liquiditeitspositie (zie ook hierboven onder 3.1.1.1).

Het verlengingsverzoek dient vóór het verstrijken van de termijn (gemotiveerd) door de schuldenaar te worden gedaan en het is wel zo zuiver dat daarop door de rechtbank (en derhalve niet door de beoogd rechter-commissaris, vergelijk ook artikel 223 Fw ingeval van surseance van betaling) wordt beslist, na inwinnen van advies van de beoogd rechter-commissaris en de beoogd curator.

Het voorgestelde artikel 363 lid 3 vermeldt tevens: “De rechtbank en de rechter-commissaris kunnen aan de aanwijzing dan wel de verlenging daarvan zodanige voorwaarden verbinden, als zij ter verwezenlijking van het met de aanwijzing beoogde doel nodig oordelen.” Teneinde deze bevoegdheid op meer duidelijke wijze tot uitdrukking te brengen, wordt voorgesteld dit in een afzonderlijk lid van dit artikel op te nemen.

3.1.3 Artikel 363 lid 4

3.1.3.1 Toepasselijkheid voor natuurlijke personen

Het vierde lid van artikel 363 bepaalt dat een aanwijzing als bedoeld in artikel 363, eerste lid, niet wordt gedaan indien de verzoeker een natuurlijke persoon is die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent.

De Raad acht het niet bezwaarlijk om de regeling ook van toepassing te verklaren op ondernemers/natuurlijke personen, zoals bijvoorbeeld tuinders, kwekers, e.d.. Een getalscriterium lijkt lastig te geven. Indien een kleine ondernemer zich aandient met een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator, zal de rechtbank toetsen of de verzoeker voldoende belang heeft bij zijn verzoek (zie ook hiervoor onder artikel 363 lid 1 en lid 2).

De Raad merkt voorts op dat het de voorkeur verdient wanneer in dit artikellid aansluiting wordt gezocht bij artikel 214 lid 4 Fw betreffende de surseance van betaling. Het verdient bovendien de voorkeur om uitdrukkelijk aan te geven dat het verzoek niet meer kan worden ingediend als tegen de schuldenaar al een faillissementsverzoek aanhangig is of de schuldenaar een WSNP-verzoek heeft ingediend.

3.1.3.2 Samenloop Wet Continuïteit Ondernemingen I en Wet Continuïteit Ondernemingen II

De wetgever bereidt thans de “regeling voor de verbindendverklaring van een buiten faillissement gesloten akkoord” voor (Wet Continuïteit Ondernemingen II). Die regeling moet gaan voorzien in een dwangakkoord buiten faillissement. Het dwangakkoord zal parallel met de stille bewindvoering kunnen worden voorbereid. Mede met het oog daarop waarschuwt de Raad voor de vertragende werking van een mogelijke stapeling van regelingen waar de ondernemer/natuurlijke persoon (chicaneus, met het doel te vertragen) gebruik van zal kunnen maken. Op een rijtje zijn dat de volgende: stille bewindvoering, al dan niet gecombineerd met dwangakkoord buiten faillissement, gevolgd door surseance van betaling, gevolgd door eigen aangifte faillissement, gevolgd door schuldsaneringsregeling



de Rechtspraak

datum 5 februari 2014
pagina 7 van 14

natuurlijke personen of WSNP-aanvraag, vergezeld van verzoek moratorium dwangakkoord, gevolgd door dwangakkoord en toelating wettelijk traject.

De Raad adviseert om, teneinde voormeld chicanerend gebruik van de regelingen stille bewindvoering en dwangakkoord buiten faillissement te ontmoedigen, bij invoering van de Wet Continuïteit Ondernemingen II te bepalen dat de schuldenaar op wiens verzoek een aanwijzing voor stille bewindvoering heeft plaatsgevonden, bij een opvolgend WSNP-verzoek (dat wil zeggen binnen drie maanden na afloop van de stille bewindvoering ingediend) geen beroep meer kan doen op het moratorium van artikel 287b Fw en het dwangakkoord van 287a Fw.

3.1.4 Artikel 363 lid 5

Artikel 363, vijfde lid, bepaalt dat de beschikking, houdende de aanwijzing bedoeld in artikel 363, eerste lid, niet openbaar wordt gemaakt, en dat tegen deze beschikking geen hoger beroep kan worden ingesteld.

Aan het bepaalde in lid 5 dient na “de aanwijzing bedoeld in het eerste lid” de zinsnede “of de verlenging van de aanwijzing” te worden toegevoegd, om duidelijk(er) tot uitdrukking te brengen dat de verlengingsbeschikking evenmin openbaar wordt gemaakt en daartegen evenmin hoger beroep openstaat.

3.2 Ontheffing van de beoogd curator of beoogd bewindvoerder van zijn taken (artikel 364)

3.2.1 Artikel 364 lid 1

De mogelijkheid die dit artikel noemt om de beoogd curator te ontheffen van zijn taken, dient met terughoudendheid te worden toegepast. Er dient voor te worden gewaakt dat een schuldenaar een hem onwelgevallige beoogd curator in probeert te ruilen voor een beoogd curator die hem welgezinder is. De vraag komt voorts op of het verzoek van de schuldenaar tot ontheffing van zijn taken van de beoogd curator, geen reden zou moeten zijn de periode van stille bewindvoering te beëindigen. Dit zal in de praktijk moeten blijken. Uiteraard is de situatie anders wanneer er sprake zou zijn van bijvoorbeeld tegenstrijdig belang, die eerst na de aanwijzing bekend wordt. Daarbij zou de terminologie van artikel 73 van de Faillissementswet kunnen worden gevolgd.



de Rechtspraak

datum 5 februari 2014
pagina 8 van 14

3.2.2 Artikel 364 lid 3

Uit artikel 364 lid 3 volgt dat de beoogd curator die ontheven is van zijn taak onverwijld verslag doet van zijn bevindingen over de periode van stille bewindvoering vanaf het moment van aanwijzing totdat het faillissement wordt uitgesproken. Dit verslag wordt neergelegd ter griffie en ligt daar voor een ieder ter inzage.

3.2.2.1 *Belang van verantwoording door stille curator*

Het is van belang dat de stille curator in het geval de periode van stille bewindvoering resulteert in een surseance van betaling of faillissement verslag uitbrengt over zijn bevindingen in de periode vanaf zijn aanwijzing tot beoogd curator tot de datum van de surseance van betaling/het faillissement. Het geven van openheid van zaken over deze periode is juist van belang omdat op het bestaan van deze periode van stille bewindvoering kritiek bestaat in verband met het ontbreken van transparantie. Bij de voorbereiding van de activatransactie zijn doorgaans immers uitsluitend de schuldenaar (en zijn advocaat), de gecureerde crediteuren, de beoogde koper(s) en de beoogd curator betrokken.

3.2.2.2 *Tijdstip verslaglegging*

Met name gelet op bovengenoemde kritiek met betrekking tot het gebrek aan transparantie gedurende de periode van stille bewindvoering, verdient het de voorkeur dat de beoogd curator uiterlijk binnen één week na faillissement openbaar verslag doet van zijn bevindingen over de periode van stille bewindvoering. Denkbaar is dat de beoogd curator de beoogd rechter-commissaris in deze periode van stille bewindvoering al schriftelijk heeft geïnformeerd zodat de bewerking van deze correspondentie naar een openbaar verslag de beoogd curator niet heel veel extra tijd behoeft te kosten. Voorts volstaat in dit stadium een globale weergave.

Eventuele kritische vragen en opmerkingen ten aanzien van de activa-transactie zullen met name opkomen daags na het faillissement en de uitgevoerde activatransactie. Om die reden is het wenselijk snel openheid van zaken te geven.

3.2.2.3 *Vorm en inhoud*

De beoogd curator beschrijft in zijn verslag ex artikel 364, derde lid, de toestand van de onderneming zoals hij deze aantrof, het plan van aanpak zoals voorgesteld door de schuldenaar, het verkoopproces, en de (gemotiveerde) keuze voor de overnamekandidaat. Recofa kan in de toekomst nadere richtlijnen en/of een model voor dit verslag opstellen. Daarbij zou aansluiting kunnen worden gezocht bij de in Engeland geldende “*Statement of Insolvency Practice 16*” (*Best practice richtlijnen* opgesteld voor *administrators* door de *Insolvency Service*).⁴

De Raad benadrukt dat een volledige en kwalitatief goede informatieverschaffing achteraf van essentieel belang is voor het behouden van voldoende draagvlak voor de figuur van een stille bewindvoering. De crediteuren moeten kunnen beoordelen of hun belangen adequaat zijn behartigd. Een

⁴ Daaruit volgt – kort gezegd – dat de beoogd curator moet informeren over: hoe de potentiële overnamekandidaten zijn gevonden, waardebepaling, alternatieven, waarom niet is gewacht met verkoop vanuit een faillissement, wie de koper is, of er een verband is tussen de koper en (voormalig) aandeelhouders /bestuurders van schuldenaar, of er een verband is tussen (oud-)managers van schuldenaar en de koper, de activatransactie (wat er precies is verkocht).



de Rechtspraak

datum 5 februari 2014
pagina 9 van 14

kwalitatief goede verslaglegging achteraf vermindert - naar verwachting - de onrust bij crediteuren en derden. De rechter-commissaris dient toezicht uit te oefenen op de verslaglegging.

3.3 Taken en bevoegdheden beoogd curator of beoogd bewindvoerder (artikel 365)

3.3.1 Rol beoogd curator

De Raad constateert dat de rol van de beoogd curator in het wetsvoorstel niet duidelijk is omschreven. Hij neemt blijkens artikel 365, eerste lid, bij zijn handelen weliswaar de taak van de curator als uitgangspunt, maar welk doel zijn handelen heeft vermeldt het artikel (of een van de andere voorgestelde artikelen) niet. Dat de wetgever een duidelijke taak voor de beoogd curator voor ogen staat blijkt wel uit de memorie van toelichting (onder I.2 op pagina 1): enerzijds het faciliteren van de gestructureerde en doelmatige afwikkeling van faillissementen, anderzijds het bespoedigen van de doorstart na faillissement. De Raad beveelt aan deze taak uitdrukkelijk in de wettekst op te nemen, teneinde de grenzen waarbinnen de beoogd curator functioneert wettelijk af te bakenen en het toetsingskader voor de beoordeling van de vraag of een beoogd curator functioneert een wettelijke basis te bieden.

3.3.2 Artikel 365 lid 2

Het dringend advies is om artikel 365, tweede lid onder a, te schrappen.

Op grond van artikel 365, tweede lid onder a, kan een beoogd curator zich jegens de schuldenaar binden door het afgeven van verklaringen over zijn voornemen om in faillissement niet tot vernietiging over te gaan van rechtshandelingen die in het kader van de normale bedrijfsvoering of ter aflossing van de schulden zijn verricht.

De keuze van een beoogd curator om een dergelijke verklaring – al dan niet met kennis van de zienswijze van de beoogd rechter-commissaris (op grond van artikel 367, tweede lid) – af te geven, kan aansprakelijkheid q.q. (en eventueel *pro se*) van de (beoogd) curator met zich meebrengen. Dergelijke rechtshandelingen zullen immers snel in strijd komen met de *paritas creditorum* (waarvan de toepasselijkheid ook wordt aangenomen in een situatie waarin het faillissement onafwendbaar is). De beoogd curator zal om die reden niet snel mee willen werken aan een dergelijke verklaring, laat staan dat een beoogd rechter-commissaris hieromtrent een zienswijze kan geven.

Dit wordt versterkt door het feit dat de beoogd curator zich in de fase van stille bewindvoering uitsluitend kan baseren op informatie die door de schuldenaar is verstrekt, waardoor hij mogelijk slechts een beperkt beeld heeft van de situatie. De korte tijdspanne waarin een en ander zich afspeelt, maakt dit nog moeilijker.

Daar komt bij dat de verklaring die de beoogd curator afgeeft op grond van artikel 365, tweede lid, niet bepalend is voor de vraag of de door de schuldenaar verrichte rechtshandeling daadwerkelijk rechtmatig is; de rechtshandeling kan immers in rechte – ondanks de 365-verklaring – nog altijd paulianeus/onrechtmatig (wegens *Verschleppungsschade* ofwel “doormodderschade”) worden verklaard. Derden kunnen de curator aanspreken op de onrechtmatigheid van diens 365-verklaring en de rechter-commissaris in het faillissement via artikel 69 Fw verzoeken de curator op te dragen toch de Actio



de Rechtspraak

datum 5 februari 2014
pagina 10 van 14

Pauliana in te roepen. De vraag rijst dan ook wat de toegevoegde waarde is van een dergelijke verklaring.

Voorts bestaat het gevaar dat de beoogd curator een eigen belang creëert door zich jegens de onderneming te binden via de 365-verklaring. In het faillissement heeft de beoogd curator er belang bij om te volharden in de opvatting dat de verrichte handeling niet paulianeus/onrechtmatig is. Het is niet ondenkbaar dat in dergelijke gevallen de belangen van de gezamenlijke schuldeisers naar de achtergrond verschuiven.

Overigens valt niet goed in te zien hoe het afgeven van een verklaring ex artikel 365 lid 2, aanhef en onder a, zich verhoudt tot de terughoudende en observerende taak van de beoogd curator.

Het dringend advies is dan ook om de mogelijkheid van het afgeven van verklaringen ex artikel 365, tweede lid, onder a, te schrappen. Mocht, ondanks het vorenstaande, de aanbeveling tot het laten vervallen van artikel 365, lid 2, sub a, niet worden overgenomen, dan dient het navolgende nog in overweging te worden genomen.

De vraag is wat de status is van een ex artikel 365 lid 2 (a t/m c) gegeven verklaring van de beoogd curator of een zienswijze van de beoogd rechter-commissaris ex artikel 367 lid 2 wanneer toch een andere curator of rechter-commissaris wordt benoemd.

Wat betreft de benoeming van een andere rechter-commissaris na het uitspreken van het faillissement, lijkt het antwoord duidelijk: het betreft slechts een zienswijze van een rechter-commissaris waar de nieuwe rechter-commissaris van af kan wijken. Voor de curator die eerder als beoogd curator de zienswijze van de beoogd rechter-commissaris heeft gevraagd is de benoeming van een andere rechter-commissaris vooral ongemakkelijk als deze laatste vervolgens blijkt geeft van een andere zienswijze. Het komt de Raad voor dat, behoudens in zeer uitzonderlijke gevallen (schending recht, kennelijke misslag) de “nieuwe” rechter-commissaris een andere zienswijze mag laten prevaleren en de curator mag opdragen conform die andere zienswijze te handelen.

Wat betreft de benoeming van een andere curator dan de beoogd curator na uitspreken van het faillissement, kunnen de (beoogd) curatoren zich voor een probleem gesteld zien: als de beoogd curator niet wordt benoemd tot curator, kan de wel benoemde curator onmogelijk gebonden worden aan de beslissingen van zijn “voorganger”. Of dat nog nuance behoeft met het oog op de reden van de benoeming van een andere curator laat de Raad, gelet op zijn voorstel om artikel 365, tweede lid, sub a, te schrappen, onbesproken.

3.3.3 Artikel 365 lid 3

Artikel 365, derde lid, bepaalt dat de schuldenaar de beoogd curator of de beoogd bewindvoerder “alle inlichtingen die nodig zijn” verschaft voor het doen van de in artikel 365, tweede lid bedoelde verklaringen⁵.

⁵ Ingevolge artikel 365, tweede lid, kan de beoogd curator of de beoogd bewindvoerder, indien de schuldenaar daarom vraagt, onder meer verklaren: a. dat redelijkerwijs verwacht mag worden dat de rechtshandelingen die de schuldenaar voornemens is te verrichten in het kader van de normale



de Rechtspraak

datum 5 februari 2014
pagina 11 van 14

De verhouding tussen de beoogd curator en de “schuldenaar” is naar het oordeel van de Raad in het huidige wetsvoorstel te vaag en te vrijblijvend. De schuldenaar dient naar het oordeel van de Raad de beoogd curator desgevraagd en ongevraagd alle inlichtingen te verschaffen die nodig zijn voor het uitoefenen van zijn taken en bevoegdheden. De Raad beveelt aan dit artikellid hierop aan te passen.

3.4 Kosten van de beoogd curator of beoogd bewindvoerder (artikel 366)

3.4.1 Artikel 366 lid 1 en lid 2

In de huidige tekst komt naar het oordeel van de Raad onvoldoende naar voren dat de schuldenaar een verzoeker is die een beoogd curator wenst, en dus nog niet verkeert in de toestand dat hij is opgehouden te betalen. Immers, wanneer hij in de toestand zou verkeren dat hij is opgehouden te betalen, dient hij zijn faillissement aan te vragen. Dit betekent dat van verzoeker kan en mag worden verwacht dat hij zijn lopende verplichtingen gedurende de periode dat de beoogd curator optreedt, kan voldoen. In deze periode mogen geen nieuwe schulden ontstaan. De lopende kosten zijn uiteraard de salarisbetalingen voor die periode, betaling van de lopende leveranciers, huur, etc.. Onder die lopende verplichtingen wordt ook verstaan de vergoeding van de kosten van de beoogd curator en de door hem ingeschakelde derden. Op het moment dat de beoogd curator merkt dat de lopende verplichtingen, waaronder zijn salaris of die van door hem ingeschakelde derden, niet meer kunnen worden voldaan, dient hij per omgaande de rechtbank te verzoeken hem te ontheffen van zijn taken. Verzoeker dient in te staan voor betaling van het salaris van de beoogd curator en de door hem ingeschakelde derden. Nu de beoogd curator optreedt op aanwijzing van de rechtbank en gelet op het voorgaande, adviseert de Raad om in de wettekst op te nemen dat de rechtbank aan de aanwijzing de voorwaarde verbindt dat de verzoeker hiervoor zekerheid stelt.

3.4.2 Artikel 366 lid 3

In het geval verzoeker niet meer in staat is om aan zijn verplichtingen te voldoen, verkeert hij in de toestand dat hij is opgehouden te betalen, en dient hij terstond het faillissement aan te vragen. Als hiervoor omschreven, heeft de beoogd curator terzake een eigen verantwoordelijkheid. Dit betekent dat lid 3 zich niet voor zal doen. Om deze reden is het artikel obsoleet en kan het worden weggelaten.

bedrijfsvoering of ter aflossing van schulden, na een eventuele faillietverklaring door de curator niet vernietigd zullen worden op grond van de artikelen 42 t/m 47; b. onder welke voorwaarden redelijkerwijs verwacht mag worden dat de curator na een eventuele faillietverklaring goederen zal vervreemden op basis van artikel 101, eerste lid, en c. welke voorbereidingen zouden kunnen worden getroffen om de afwikkeling van een eventueel faillissement te bespoedigen.



de Rechtspraak

datum 5 februari 2014
pagina 12 van 14

3.5 De beoogd rechter-commissaris (artikel 367)

Voor de beoogd rechter-commissaris geldt, evenals voor de beoogd curator, dat hij terughoudend moet zijn in de relatie met de schuldenaar. Deze terughoudendheid geldt niet voor het toezicht op de werkzaamheden van de beoogd curator.

Het gebrek aan transparantie gedurende de periode van stille bewindvoering dient (gedeeltelijk) te worden ondervangen door toezicht door de beoogd rechter-commissaris op het functioneren van de beoogd curator in die periode.

Vanwege het vertrouwelijke en besloten karakter van de periode van stille bewindvoering, is het van belang dat er zorgvuldig toezicht wordt gehouden. Er is in die periode immers geen toetsing door derden. Het is daarom wenselijk dat wordt vastgelegd dat de beoogd curator de rechter-commissaris gevraagd en ongevraagd informeert gedurende de periode van stille bewindvoering.

Daarnaast is het van belang dat de beoogd rechter-commissaris goed op de hoogte is van de stand van zaken in de betreffende stille bewindvoering opdat hij in het geval van een doorstart in staat is om snel te schakelen en niet een kennisachterstand dient in te halen, hetgeen tot onwenselijke vertraging van het proces zou leiden.

In verband hiermee acht de Raad het wenselijk een artikellid toe te voegen aan artikel 367 (in lijn met artikel 7.2.4 Voorontwerp Kortmann) dat bepaalt dat de beoogd bewindvoerder of beoogd curator van zijn werkzaamheden verslag doet aan de beoogd rechter-commissaris; dat de beoogd bewindvoerder of beoogd curator verplicht is alle door de beoogd rechter-commissaris gewenste inlichtingen te geven en dat de beoogd rechter-commissaris toezicht houdt op de werkzaamheden van de beoogd bewindvoerder of beoogd curator.

Artikel 367 lid 2

Artikel 367, tweede lid, bepaalt dat de beoogd rechter-commissaris zijn zienswijze kan doen blijken ten aanzien van de in artikel 365, tweede lid, bedoelde uitlatingen, nadat de beoogd curator of de beoogd bewindvoerder daarom heeft gevraagd.

Artikel 367, tweede lid kan wat de Raad betreft komen te vervallen, nu artikel 365 lid 2 sub a naar de mening van de Raad dient te worden geschrapt, en artikelen 365, tweede lid, sub b en c onder het reguliere toezicht vallen (zie ook in dit verband de bespreking van artikel 365, tweede lid onder 3.3.2). Bovendien mist artikel 367, tweede lid waarde nu een zodanige zienswijze uitsluitend is gebaseerd op de dan bekende (beperkte hoeveelheid) gegevens, en heeft de zienswijze geen enkele waarde jegens derden.

4. Voorstel tot wijziging volgorde artikelen

Tot slot: het ligt naar het oordeel van de Raad voor de hand wanneer in de wettekst eerst de taakomschrijving van de beoogd curator en van de beoogd rechter-commissaris wordt besproken, vervolgens de ontheffing, en tot slot het loon van de beoogd curator. Een herschikking van wetsartikelen komt de Raad dan ook wenselijk voor.

Werklast



de Rechtspraak

datum 5 februari 2014
pagina 13 van 14

In totaal zal invoering van het concept wetsontwerp voor de Rechtspraak circa 835.000 Euro extra kosten per jaar met zich meebrengen. Hieronder is dat toegelicht.

De Raad voor de Rechtspraak verwacht dat er jaarlijks tussen de 300 en 500 verzoeken tot stille bewindvoering zullen worden gedaan, dat is tussen de 3% en 4% van het aantal faillissementen. Ongeveer driekwart daarvan zal worden toegekend en leiden tot een stille bewindvoering. De afhandeling van een stille bewindvoering tot aan het eventuele faillissement gaat tellen als een lopend faillissement of insolventie-afhandeling. In totaal is gerekend met circa 325 extra verzoekschriftprocedures per jaar en circa 250 extra insolventie-afhandelingen. In deze cijfers is rekening gehouden met een kleine afname van het aantal faillissementen. De kosten gemoeid met behandeling van de toename van die extra zaaksstromen bedragen rond de 440.000 Euro per jaar.

De behandeling van deze verzoekschriften gaat gemiddeld meer tijd kosten dan een gewoon insolventieverzoek (tot faillissement of surseance). Dergelijke verzoeken vallen immers buiten de reguliere zittingen en de toets of een verzoek kan worden toegewezen is zwaarder dan bij andere zaken, mede vanwege het vertrouwelijke karakter van het verzoek en het gebrek aan openheid. Wanneer het verzoek wordt toegekend zal het toezicht van de beoogd rechter-commissaris intensiever zijn dan bij de afhandeling van een faillissement, juist vanwege het vertrouwelijke en besloten karakter van de stille periode. Er is geen toetsing door de buitenwacht; dit komt allemaal neer op de beoogd rechter-commissaris. De toezichthoudende rol van de rechter commissaris is zwaarder dan in een gewoon faillissement. Op basis van ervaring van de rechtbanken die thans met stille bewindvoering werken, is geschat dat het tijdsbeslag van een rechter-commissaris bij stille bewindvoering ongeveer het dubbele is van een regulier faillissement.

De extra kosten van een toename van de gemiddelde behandeltijd per zaak, raamt de Raad op circa 395.000 Euro per jaar. Om te voorkomen dat de werkdruk toeneemt moeten die kosten verwerkt worden in de gemiddelde prijzen per zaak voor de Rechtspraak.



de Rechtspraak

datum 5 februari 2014
pagina 14 van 14

Tot slot

Indien na het uitbrengen van dit advies het wetsvoorstel op belangrijke onderdelen wordt gewijzigd of indien uit nadere uitvoeringsregelgeving belangrijke werklastgevolgen voortvloeien, dan wordt de Raad graag in de gelegenheid gesteld daarover aanvullend te adviseren. Met het oog op de voorbereiding van de gerechten op de invoering van het wetsvoorstel, stelt de Raad er op prijs op als hij geïnformeerd wordt over de indiening van het wetsvoorstel bij de Tweede en de Eerste Kamer en de plaatsing van de definitieve wetstekst in het *Staatsblad*. Ook eventuele nadere regelgeving volgend op dit wetsvoorstel met gevolgen voor de rechtspleging valt binnen het adviesrecht van de Raad. Voor zover van toepassing, ontvangt de Raad graag een adviesaanvraag voor deze nadere regelgeving.

Hoogachtend,

mr. C.H.W.M. Sterk
Lid Raad voor de rechtspraak