

Vergaderjaar 1999–2000

**27 244**

## **Wijziging van de Faillissementswet in verband met het bevorderen van de effectiviteit van surséance van betaling en faillissement**

**A**

### **ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT<sup>1</sup>**

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 4 april 2000 en het nader rapport d.d. 17 juli 2000, aangeboden aan de Koningin door de minister van Justitie. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

*Bij Kabinetsmissive van 16 november 1999, no. 99.005329, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Justitie, na overleg met de Minister van Economische Zaken, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet met memorie van toelichting tot wijziging van de Faillissementswet in verband met het bevorderen van de effectiviteit van surséance van betaling en faillissement.*

#### *Inleiding*

*Uitgangspunt voor het wetsvoorstel is, blijkens de aanhef, dat het wenselijk is de continuïteit te bevorderen van ondernemingen die in financiële moeilijkheden verkeren maar toch overlevingskansen hebben. Daartoe is in het kader van de operatie Marktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteit (MDW) in het voorjaar van 1999 het MDW-project Modernisering Faillissementswet van start gegaan. Dit project zal in twee fasen worden uitgevoerd waarbij in de eerste fase wijzigingen in de Faillissementswet (FW) zullen worden aangebracht die niet controversieel zijn en waar geen nader onderzoek voor nodig is. In de tweede fase komen onderwerpen aan bod die meer diepgaand onderzoek behoeven.*

*Het wetsvoorstel wijzigt onder meer de gronden waarop surséance zal worden verleend, de vorderingen waarop de surséance betrekking zal hebben, de duur van de afkoelingsperiode en de mogelijkheid van de leverancier van energie om zijn levering te staken bij betalingsachterstand.*

*Bij de keuze van de wetgever een aantal wijzigingen door te voeren, vooruitlopend op een integrale herziening van de FW, plaatst de Raad van State kanttekeningen. Naar het oordeel van de Raad zal het in de considerans gestelde doel moeten worden bereikt door een pakket van samenhangende maatregelen, waarbij voldoende zekerheid bestaat dat daardoor de continuïteit van ondernemingen in financiële moeilijkheden wordt bevorderd zonder ongewenste neveneffecten.*

*Die mate van zekerheid mist de Raad.*

*Bovendien is een aantal van de voorgestelde wijzigingen zodanig ingrijpend dat het college betwijfelt of zij zich voor zelfstandige invoering in de eerste fase lenen.*

<sup>1</sup> De oorspronkelijke tekst van de wettekst is ter inzage gelegd bij de afdeling Parlementaire Documentatie.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw Kabinet van 16 november 1999 nr. 99.005329 machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies

inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 4 april 2000, nr. WO3.99.0563/l, bied ik U hierbij aan.

### *Inleiding*

De effectiviteit van de surséance en van het faillissement is niet optimaal. Om die reden is er aanleiding te werken aan een modernisering van de Faillissementswet. Deze modernisering vindt plaats in twee fasen. De criteria op basis waarvan voorstellen in de eerste fase worden gedaan, zijn dat de voorstellen niet controversieel zijn en geen nader onderzoek behoeven. De opmerkingen van de Raad, en de schriftelijke commentaren van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR), de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA), de Vereniging van Insolventieadvocaten (Insolad) en de Nederlandse Vereniging van Banken, waren aanleiding om nog eens uitvoerig bij het wetsvoorstel stil te staan. Alle punten zijn nog eens bezien, mede in het licht van de vraag van de Raad of elk der wijzigingsvoorstellen zich leent voor aanpak in de eerste fase. Naar aanleiding daarvan is het wetsvoorstel op belangrijke punten aangepast. Ik noem er hier drie. Ten eerste zijn bepalingen toegevoegd aan de reeds voorgestelde bepalingen die bescherming bieden aan de schuldeisers op wie de afkoelingsperiode van toepassing is. Ten tweede wordt het voorstel dat boedelschuldeisers onder de afkoelingsperiode vallen geschrapt. Dat onderwerp wordt overgeheveld naar de tweede fase. Ten derde wordt de mogelijkheid geopend dat de voorlopige surséance eerst voor slechts achtentwintig dagen wordt verleend. Hieronder ga ik nader op deze punten in. De door het advies van de Raad en de andere commentaren ingegeven wijzigingen van het wetsvoorstel beogen de twijfel weg te nemen of de voorstellen zich lenen voor indiening in de eerste fase.

### *Opmerkingen over doel en effectiviteit van het wetsvoorstel*

*1. Het wetsvoorstel betreft een aantal wijzigingen die het gehele insolventierecht betreffen. In essentie is echter het doel de regeling van de surseance van betaling zodanig aan te passen dat, zo vermeldt de memorie van toelichting<sup>1</sup>, ondernemingen zonder overlevingskansen uit de surseance worden geweerd en crediteuren minder geneigd zullen zijn zich terug te trekken uit ondernemingen die surseance van betaling hebben verzocht. Ook zou de surséance voor de ondernemer aantrekkelijker worden en zou voor hem een prikkel ontstaan om deze eerder aan te vragen. Naar aanleiding van deze doelstelling, die de Raad onderschrijft, merkt het college het volgende op.*

*a. De memorie van toelichting bevat weinig concrete gegevens waaruit valt af te leiden dat de hiervoor aangeduide doelstellingen als gevolg van de voorgestelde wettelijke ingrepen naar redelijke verwachting inderdaad integraal zullen worden verwezenlijkt. Vergroting van de overlevingskansen van ondernemingen in surseance en vermindering van de neiging van crediteuren om hun belangen in het zicht van surseance veilig te stellen zijn doelen die, hoe gewenst ook, in de realiteit lastig met elkaar te verenigen zijn. De literatuur genoemd in paragraaf 1 van de toelichting noopt tot twijfel dienaangaande en tot voorzichtigheid.<sup>2</sup> Ook de ervaringen met recente wijzigingen in het Franse en Duitse insolventierecht zijn vooralsnog onvoldoende duidelijk, zoals de toelichting aangeeft, om daaraan conclusies te verbinden voor een in Nederland wenselijke aanpak door de wetgever. Als belangrijkste nieuwe wettelijke prikkels voor de ondernemer om eerder surséance van betaling aan te vragen worden in de toelichting genoemd het voorstel de surseance ook te laten gelden ten aanzien van preferente vorderingen en het voorstel de maximumduur van de afkoelingsperiode uit te breiden. De desbetreffende wijzigingen behoeven evenwel niet noodzakelijkerwijs te stroken met het eveneens beoogde effect de neiging van crediteuren zich terug te trekken uit ondernemingen in surseance te verminderen. Daartegen is, naar de Raad vreest, als averechts effect van dergelijke maatregelen alsook van het voorstel de bewindvoerder de bevoegdheid te geven om goederen tijdens de afkoelingsperiode te gebruiken, verbruiken of te vervreemden, te verwachten dat bij financiers en leveranciers van de*

<sup>1</sup> Paragraaf 3, Uitgangspunten.

<sup>2</sup> Onder meer O. Couwenberg, proefschrift 1997 «Resolving Financial Distress in the Netherlands» en «Faillissementsregels nader beschouwd: verdient het koren een andere regeling dan het kaf?», Ondernemingsrecht 1999, bladzijden 176–182, geeft grond van gereede twijfel aan de vooronderstellingen die aan het wetsvoorstel ten grondslag liggen.

*onderneming de neiging zal toenemen hun belangen veilig te stellen voordat voorlopige surséance wordt verleend.*

*Voorts wijst het college erop dat wil (voorlopige) surséance kunnen worden verleend, in het voorstel nieuwe eisen aan het verzoek worden gesteld, te weten het opnemen van een opgave waaruit blijkt dat gehele of gedeeltelijke voortzetting van de door de schuldenaar gedreven onderneming mogelijk is alsmede een ontwerp van een saneringsplan. Het stellen van die eisen en de toetsing ervan leidt ertoe dat in een later stadium dan thans het geval is, de schuldenaar die zulks behoeft de bescherming van de voorlopige surséance verkrijgt. Intussen is het voor financiers en leveranciers langer mogelijk hun belangen voorzover zij dat nog niet deden, veilig te stellen. Ook in zoverre vreest de Raad voor onbedoelde negatieve consequenties.*

*b. De voorgestelde wetswijzigingen hebben geen betrekking op maatregelen bij surséance die speciaal zijn gericht op het redresseren van falend management en tot bedrijfsmatig noodzakelijke aanpassingen ter beperking van de omvang en kosten van personeelsbestand van grotere ondernemingen. Zolang dergelijke maatregelen alleen bij faillissement getroffen kunnen worden zal, naar de Raad vreest, de surséance in het bedrijfsleven niet worden beschouwd als een voldoende effectief instrument voor (gedeeltelijke) overleving van ondernemingen die in financiële moeilijkheden verkeren en zullen voor sanering gewenste structurele reorganisaties langs de weg van het faillissement (blijven) plaatsvinden.<sup>1</sup>*

*Op de hiervoor aangeduide personele aspecten wordt in de toelichting nauwelijks ingegaan, hoewel zulks ter beoordeling van het effect van hetgeen thans wordt voorgesteld wel van groot belang is. Aandacht dient in dit verband ook te worden besteed aan de mogelijkheden welke richtlijn nr. 98/50/EG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen<sup>2</sup>, ook bij surséance kan bieden voor herstructurering van ondernemingen. Ingevolge artikel 4bis van deze richtlijn kan ook bij surséance van betaling worden bepaald dat schulden van de vervreemder die het gevolg zijn van arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen en die verschuldigd zijn voor de overgang of voor de inleiding van de insolventieprocedure niet overgaan op de verkrijger en kunnen wijzigingen worden aangebracht in de arbeidsvoorwaarden.*

*c. In paragraaf 2 van de toelichting worden de criteria genoemd voor wijzigingsvoorstellen die in de eerste fase van de modernisering van het insolventierecht kunnen worden geregeld. Die criteria, waarmee de Raad het op zichzelf eens is, zijn dat de voorstellen niet controversieel dienen te zijn en dat er geen nader (economisch) onderzoek voor nodig is. Het college betwijfelt of voor een aantal belangrijke ingrepen dat wordt voorgesteld, aan het eerste zowel als aan het tweede criterium is voldaan. Uit commentaren die de Raad ter kennis zijn gekomen en uit recent verschenen literatuur blijkt dat het in paragraaf 2 van de toelichting geschetste beeld van instemming met de voorstellen naar de huidige stand van zaken onvoldoende genuanceerd is weergegeven. De Raad meent dat de toelichting met het oog op een evenwichtige beeldvorming aanpassing behoeft en dat voorts aan de hand van de beide hiervoor genoemde criteria nader zal moeten worden bezien of elk der wijzigingsvoorstellen zich leent voor aanpak in de eerste fase van het insolventierecht.*

*De Raad heeft op grond van het voorgaande niet de overtuiging dat het onderhavige wetsvoorstel als zodanig een werkelijke oplossing biedt voor de bezwaren die er in de praktijk bestaan tegen de huidige surséanceregeling. Het college meent dat het door de regering met het wetsvoorstel beoogde resultaat, te weten het bevorderen van de continuïteit van ondernemingen die in financiële moeilijkheden verkeren, maar toch overlevingskansen hebben, beter kan worden nagestreefd binnen het kader van de voorgenomen algehele herziening van het insolventierecht.*

*Het wetsvoorstel als zodanig behoeft als samenhangend geheel, maar ook voor een aantal in het vervolg van dit advies te noemen bijzondere onderwerpen, in ieder geval een aanzienlijk sterkere motivering ten aanzien van de effectiviteit en mogelijke neveneffecten.*

---

<sup>1</sup> Uit de toelichting valt op te maken dat onderwerpen die het personeel raken in de tweede fase aan de orde komen.

<sup>2</sup> Richtlijn 98/50/EG van de Raad van 29 juni 1998 tot wijziging van richtlijn 77/187/EEG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van vestigingen.

*Onverminderd het vorenstaande merkt de Raad met betrekking tot de artikelen van het wetsvoorstel het volgende op.*

1. Het MDW-project heeft tot doel na te gaan of de regeling van surséance in de Faillissementswet zodanig kan worden ingericht dat surséances tot reorganisatie en continuering leiden en niet tot faillissement. De Raad leidt hieruit af dat het doel van het wetsvoorstel is de regeling van de surséance zodanig aan te passen dat ondernemingen zonder overlevingskansen uit de surséance kunnen worden geweerd en dat crediteuren minder geneigd zullen zijn zich terug te trekken uit ondernemingen die surséance van betaling hebben gezocht. Dit is inderdaad een belangrijk aspect van het wetsvoorstel. Met voldoening stel ik vast dat de Raad dit aspect onderschrijft.

a. Uit verschillende gegevens valt af te leiden dat de efficiëntie van de Faillissementswet zich voor verbetering leent en dat in het bijzonder de surséance niet goed werkt. Surséance wordt vaak te laat aangevraagd en eindigt in veel gevallen op korte termijn in een faillissement. Uit onderstaande gegevens blijkt dat aan de huidige regeling van surséance en faillissement gebreken kleven. De meest recente informatie met betrekking tot surséance heeft betrekking op 1997. In 1999 is het Centraal Bureau voor Statistiek opgehouden met het verzamelen van informatie over de surséance.

**tabel 1 Frequentie van surséances**

	1990	1996	1997
in behandeling zijnde verzoeken (per 1 januari)	60	113	126
nieuwe verzoeken tot surséance	456	451	432
ingetrokken verzoeken	245	306	289
– waarvan gelijktijdig failliet	239	299	271
Niet in behandeling genomen i.v.m. aanbidding akkoord	34	20	26
Definitief verleende surséances	147	110	120

Bron: CBS 1999

Uit bovenstaande tabel blijkt dat ongeveer tweederde van de surséance-aanvragen wordt ingetrokken en meestal direct wordt omgezet in faillissement. Dit is een aanwijzing dat veel verzoeken om surséance kennelijk worden gedaan in een faillissementssituatie en er geen overlevingskansen meer zijn.

**tabel 2 Behandelingsduur beëindigde en ingetrokken surséances, alle met gelijktijdige faillietverklaring (1997)**

	aantal (totaal 326)
tot 3 maanden	257
3 tot 6 maanden	25
6 tot 12 maanden	23
12 tot 18 maanden	11
meer dan 18 maanden	10

Bron: CBS 1999

Uit bovenstaande tabel blijkt dat surséances die in faillissement eindigen, in tachtig procent van de gevallen niet langer duren dan drie maanden. De conclusie is dat ook in deze gevallen reeds op het moment dat de surséance werd verleend, er veelal geen overlevingskansen of, in geval van natuurlijke personen, geen saneringsmogelijkheden meer bestonden. In tien procent van de gevallen betrof het een natuurlijk persoon, in negentig procent rechtspersonen.

Met betrekking tot faillissementen kunnen de volgende gegevens worden genoemd.

**tabel 3 Frequentie van uitgesproken faillissementen**

	1990	1996	1997	1998
uitgesproken faillissementen	3519	5 577	5 547	5 031
– waarvan vernietigd	– 176	– 189	– 149	– 196

Een vergelijking tussen tabellen 1 en 3 laat zien dat slechts een klein deel van de ondernemingen in financiële moeilijkheden surséance aanvraagt. Boot en Ligterink (A. W. A. Boot en J. E. Ligterink, De efficiëntie van de Nederlandse faillissementswetgeving, uitgegeven in de reeks Topics in Corporate Finance, nr. 3, 2000, door het Amsterdam Center for Corporate Finance) wijzen erop dat het aantal definitief verleende surséances ongeveer 2,5% is van het aantal uitgesproken faillissementen. Zij menen dat dat cijfer waarschijnlijk een afspiegeling is van het late moment waarop surséance of faillissement wordt aangevraagd.

**tabel 4 Percentage van de schuld die de schuldeisers terugzien**

	eenmans- zaak	eenmans- zaak	vennoot- schap	vennootschap
	1996	1997	1996	1997
boedel	76%	64%	80%	79%
fiscus en bedrijfsvereniging	6%	7%	8%	12%
overige schuldeisers (preferent en concurrent)	1%	2%	2%	6%

bron: CBS 1999

Uit deze tabel blijkt dat na het voldoen van de vorderingen van de separatisten, er weinig overblijft om aan de andere schuldeisers te voldoen. Ongeveer 90% van de vorderingen van de concurrente schuldeisers blijft onbetaald. De zogeheten recovery rates zijn dus laag.

In het hiervoor genoemde artikel doen Boot en Ligterink een aantal voorstellen ter vergroting van de effectiviteit van de surséance. Zo bepleiten zij het afzwakken van de sterke positie van de verzekerde crediteuren en van de preferente crediteuren. Zij stellen voor de invloed van de dwangcrediteuren te beperken. Voorts bepleiten zij het vergemakkelijken van een akkoord en een langere afkoelingsperiode. Ook moet naar hun mening het criterium voor toelating tot de surséance duidelijk en objectief zijn. Zij menen dat het stigmatiserende karakter van de surséance vermindert indien het gebruik van de regeling beperkt blijft tot ondernemingen met overlevingskansen. Deze voorstellen sporen met dit wetsvoorstel. De surséance gaat ook werken voor vorderingen waaraan een voorrecht is verbonden, niet zijnde pand, hypotheek of retentierecht. De positie van de crediteuren die tijdens de afkoelingsperiode een recht op een goed hebben, wordt verduidelijkt. De invloed van nutsbedrijven als dwangcrediteur wordt beperkt. De afkoelingsperiode wordt verlengd en het criterium voor toelating tot de surséance wordt geobjectiveerd.

De Raad vreest weliswaar dat deze maatregelen ertoe zullen leiden dat financiers en leveranciers in een eerder stadium, nl. vóór het uitspreken van de surséance, hun belangen gaan veiligstellen, maar ik meen dat deze vrees niet gerechtvaardigd is. Het wetsvoorstel bevat een geheel van maatregelen waarbij het evenwicht wordt bewaard tussen de belangen van crediteuren en van degenen die belang hebben bij de continuïteit van een levensvatbare onderneming. Aan de ene kant krijgen schuldeisers er rechten bij, zoals het recht op een in redelijkheid te bepalen vergoeding in de afkoelingsperiode. Voorts dragen de voorgestelde maatregelen ertoe bij dat schuldenaren eerder dan thans het geval is, surséance zullen aanvragen, waardoor zij minder lang zullen doorgaan op kosten van de schuldeisers. Aan de andere kant krijgt de curator c.q. de bewindvoerder in de afkoelingsperiode meer dan thans de mogelijkheid om de onderneming going concern over te dragen, en zullen ondernemingen zonder overlevingskansen uit de surséance worden geweerd.

Voorts geldt dat het belang van de schuldeisers niet noodzakelijkerwijs botst met dat van de schuldenaar. Het voortbestaan van de door de schuldenaar gedreven onderneming kan ook de schuldeisers ten goede komen. Indien een leverancier voor een groot deel van zijn omzet afhankelijk is van één afnemer, de schuldenaar, kan hij er meer belang bij hebben dat de onderneming van de schuldenaar wordt gecontinueerd met behoud van de zakelijke relatie met de schuldenaar, dan dat hij een vordering geheel betaald krijgt zonder behoud van die relatie. Verder geldt dat, als de onderneming going concern kan worden overgedragen, de onder de schuldeisers te verdelen opbrengst veelal groter is dan wanneer de onderneming wordt ontmanteld. Een effect van het bevorderen van de continuïteit van de onderneming zal zijn dat de neiging van crediteuren zich terug te trekken uit de onderneming in surséance, wordt verminderd.

De opmerkingen van de Raad en de reacties van de financiële instellingen zijn aanleiding geweest het voorstel met betrekking tot het ge/verbruik en vervreemding af te zwakken en met meer waarborgen te omkleden. Voorgesteld wordt thans dat de bewindvoerder met betrekking tot registergoederen waarop een zekerheidsrecht rust slechts de bevoegdheid tot gebruik heeft. Vervreemding en – voor zover mogelijk verbruik – van een registergoed is dus niet mogelijk. De reden hiervoor is dat het belang van zekerheden op op registergoederen zeer groot is en dat zij een belangrijke rol spelen bij de kredietverlening door banken.

Toegevoegd is de beperking dat de bewindvoerder de bevoegdheden niet heeft ten aanzien van effecten, rechten ten aanzien van effecten en girale tegoeden waarop een zekerheidsrecht rust en die reeds bestonden ten tijde van de faillietverklaring of de surséanceverlening.

Toegevoegd is de regel dat het uitoefenen van de bevoegdheid alleen dan is toegestaan voor zover dit past binnen het kader van de normale bedrijfsuitoefening van het bedrijf dat wordt voortgezet. Uitoefening van de bevoegdheid om bijvoorbeeld overtollige machines te verkopen waarop een zekerheidsrecht rust, is dus niet toegestaan.

Bepaald wordt thans dat de vergoeding ter zake van het gebruik, verbruik en vervreemding door de curator de schuldeiser zo veel mogelijk in de positie brengt alsof er geen afkoelingsperiode was afgekondigd. Aan de regel dat de derde die wordt geschaad in zijn belang door de uitoefening door de curator van diens bevoegdheden binnen acht dagen de rechter-commissaris kan verzoeken dat deze bevoegdheid niet langer aan de curator toekomt, is toegevoegd dat ook de derde die in zijn belang dreigt te worden geschaad, een dergelijk verzoek kan doen.

Tenslotte is geschrapd dat boedelschuldeisers door de afkoelingsperiode worden geraakt. In de tweede fase van het MDW-project zal deze kwestie aan de orde komen.

Ik merk op dat nu reeds in de praktijk de bewindvoerder c.q. de curator vaak goederen die onder de afkoelingsperiode vallen gebruikt, verbruikt of vervreemdt, vaak met toestemming van de schuldeiser, zonder dat schuldeisers veelvuldig hun belangen veilig trachten te stellen vóór het verlenen van de surséance. In het wetsvoorstel wordt duidelijk wat de rechten van de schuldeiser zijn. Nu de bestaande praktijk van gebruik, verbruik of vervreemding door de bewindvoerder wordt aangevuld met het toekennen van rechten aan de schuldeiser, ligt het niet voor de hand dat schuldeisers in groten getale hun houding zullen wijzigen.

Het valt niet te verwachten dat het vervallen van de bevoegdheid tot executie voor de schuldeisers met een vordering waaraan een voorrang is verbonden, niet zijnde pand, hypotheek of retentierecht, ertoe zal leiden dat zij hun gedrag zullen wijzigen. In de praktijk gaan de schuldeisers met de belangrijkste preferente vorderingen (vorderingen ter zake van rijksbelastingen, premies WW, WAO en ZFW en arbeidsloon) nu al zelden tot executie over.

De Raad vreest dat het stellen van eisen aan het verzoek tot surséance en de toetsing ervan ertoe leidt dat de schuldenaar in een later stadium dan thans het geval is de bescherming van de voorlopige surséance krijgt. De NOvA heeft ook aantekeningen geplaatst bij de toegang tot de surséance. De NOvA heeft – onder verwijzing naar het rapport van de Commissie Mijnsen – als bezwaar aangevoerd dat de rechtbank onvoldoende tijd en middelen ter

beschikking zal hebben om een enigermate verantwoord oordeel omtrent het verzoek en de bijlagen te geven.

Ik merk het volgende op. Aan de ene kant neemt de rechterlijke toetsing – waarvan het belang is dat de schuldenaar wordt gedwongen zijn eigen financiële situatie te overzien en dat moet worden voorkomen dat aan ondernemingen zonder overlevingskansen surséance wordt verleend – tijd in beslag. Aan de andere kant is er het belang van de schuldenaar die zo snel mogelijk de bescherming wenst te genieten die de surséance hem biedt. De opmerkingen van de Raad dienaangaande en van de NOvA zijn aanleiding geweest de voorstellen te heroverwegen. Thans wordt voorgesteld aan te sluiten bij het systeem van artikel 287 Faillissementswet met betrekking tot de schuldsaneringsregeling. Ten opzichte van het voorstel dat aan de Raad van State is gezonden, wordt gehandhaafd de eis dat in het verzoekschrift of in een daarbij te voegen bijlage worden opgenomen a.) een door behoorlijke bescheiden gestaafde staat waaruit onder andere de activa en de passiva blijken, b.) een opgave waaruit blijkt dat gehele of gedeeltelijke voortzetting van de door de schuldenaar gedreven onderneming mogelijk is en c.) een ontwerp van een saneringsplan. Nieuw is dat de rechtbank met de meeste spoed op het verzoek uitspraak zal doen. Indien de staat, de opgave en het ontwerp-saneringsplan ontbreken, kan de rechtbank de voorlopige surséance slechts voorlopig verlenen. In dat geval gunt de rechtbank de schuldenaar een termijn van ten hoogste drie weken om de ontbrekende gegevens te verstrekken. Aldus blijft het voordeel behouden dat wordt bevorderd dat de schuldenaar zich in een vroeg stadium een beeld vormt van de situatie en dat de surséance alleen aan die ondernemingen wordt verleend die overlevingskansen hebben. De wijzigingen houden in dat, indien de schuldenaar niet de tijd heeft gehad een opgave omtrent de overlevingskansen en een ontwerp-saneringsplan in te dienen, de surséance toch op korte termijn kan worden verleend. Eveneens nieuw is dat, ook indien de schuldenaar er wel in is geslaagd bedoelde stukken te overleggen maar de rechtbank onvoldoende tijd heeft om deze stukken naar behoren te toetsen, de rechtbank de voorlopige surséance voorlopig kan verlenen. Aldus verkrijgt de schuldenaar op korte termijn de bescherming die de surséance biedt. Indien bij nadere toetsing zou blijken dat er geen overlevingskansen zijn, wordt de voorlopige surséance niet definitief verleend.

b. Ook onder het huidige recht zijn er mogelijkheden om op te treden tegen falend management. In dit verband wijs ik op de uitspraak van 21 oktober 1999, JOR 1999, 228, (IJsselwerf), waarin de Ondernemingskamer een enquête gelastte omdat de surséance van betaling was aangevraagd zonder dat daarvoor klemmende redenen, bijvoorbeeld een dreigend faillissement of anderszins een zeer nijpende financiële situatie, bestonden. Ook het bestaande recht biedt dus mogelijkheden om bij surséance falend management te redresseren. Voorts kan worden gewezen op de jurisprudentie met betrekking tot de bestuurdersaansprakelijkheid, in het bijzonder op het Beklamel-arrest (HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 296) en het Albada-Jelgersma-arrest (HR 19 februari 1988, NJ 1988, 487), waarin werd overwogen, kort gezegd, dat een bestuurder aansprakelijk is indien hij een schuld namens de vennootschap aangaat waarvan hij weet dat de vennootschap deze niet kan voldoen.

Maatregelen tot bedrijfsnoodzakelijke aanpassing ter beperking van de omvang en kosten van personeelsbestand van grotere ondernemingen zullen aan de orde komen in de tweede fase van het MDW-project. In dit verband zij gewezen op de richtlijn 98/50/EG. Artikel 4bis, vierde lid, van deze richtlijn, die uiterlijk op 17 juli 2001 moet zijn geïmplementeerd, verplicht de lidstaten maatregelen te treffen om frauduleuze insolventieprocedures te voorkomen die het doel hebben de werknemers te beroven van de in de richtlijn bedoelde rechten. Het wetsvoorstel ter implementatie van deze richtlijn is op 1 maart 2000 voor advies aan de Raad van State gezonden. In hoofdzaak worden in dat wetsvoorstel twee maatregelen voorgesteld:

1. de opzegging door de curator van de arbeidsovereenkomst is onderworpen aan de regels die gelden buiten faillissement indien de faillietverklaring wordt vernietigd op de grond dat het faillissement is aangevraagd met het oogmerk afbreuk te doen aan de arbeidsrechtelijke bescherming;
2. de termijn van beroep tegen de machtiging van de rechter-commissaris

aan de curator tot opzegging van de arbeidsovereenkomst vangt aan op de dag dat de werknemer kennis heeft kunnen nemen van die machtiging. Deze voorstellen, in combinatie met het onderhavige wetsvoorstel, zullen het bemoeilijken dat faillissementen worden uitgelokt met het doel om op een ongewenste manier te ontkomen aan de regels met betrekking tot arbeidsrechtelijke bescherming. De richtlijn laat niet toe dat lidstaten bepalen dat de artikelen 3 en 4 van die richtlijn niet van toepassing zijn in het geval van een saneringsprocedure, zoals surséance van betaling.

De laatste opmerking met betrekking tot de richtlijn betreft de twee mogelijkheden die de richtlijn biedt in geval de artikelen 3 en 4 van de richtlijn van toepassing zijn op een overgang tijdens een insolventieprocedure tegen een vervreemder. De ene mogelijkheid is dat lidstaten onder voorwaarden bepalen dat oude loonschulden niet overgaan op de verkrijger. De andere mogelijkheid is dat de lidstaten kunnen bepalen dat partijen overeenkomen in de arbeidsvoorwaarden wijzigingen aan te brengen die bedoeld zijn om de werkgelegenheid veilig te stellen door het voortbestaan van de onderneming te verzekeren. In het kader van de tweede fase van het MDW-project zal hieraan aandacht worden besteed.

c. Met voldoening stel ik vast dat de Raad het op zichzelf eens is met de criteria op basis waarvan wijzigingen van het insolventierecht in de eerste dan wel in de tweede fase worden voorgesteld. Zoals hiervoor is aangegeven, is het advies van de Raad voor mij aanleiding geweest de verschillende voorstellen nog eens aan deze criteria te toetsen.

Dit heeft geleid tot aanpassing van het wetsvoorstel op belangrijke punten. Ik noemde al de verruiming van de bescherming van de schuldeisers die onder de afkoelingsperiode vallen, het schrappen van het voorstel dat boedel-schuldeisers onder de werking van de afkoelingsperiode vallen en de mogelijkheid van de voorlopige verlening van voorlopige surséance. Het punt met betrekking tot de boedelschuldeisers zal worden besproken in de tweede fase van het MDW-project. Hierboven is al uiteengezet dat de mogelijkheid van de voorlopige verlening van de voorlopige surséance het voordeel heeft dat de schuldenaar op korte termijn de bescherming geniet die de surséance hem biedt, zonder dat wordt afgedaan aan de invoering van een objectief criterium waaraan moet worden getoetst of de schuldenaar surséance kan worden verleend. Hiermee is tegemoet gekomen aan de bezwaren dat het mogelijk is dat de schuldenaar onvoldoende gelegenheid heeft om een ontwerp-saneringsplan en een verklaring omtrent de overlevingskansen op te stellen, en dat het mogelijk is dat rechter onvoldoende gelegenheid heeft om het verzoek te toetsen. Met de verruiming van de bescherming van schuldeisers die onder de afkoelingsperiode vallen wordt tegemoet gekomen aan het bezwaar dat de bevoegdheid tot gebruik, verbruik en vervreemding te zeer ten koste gaat van de schuldeiser. Met het overhevelen van de vraag of boedelschuldeisers onder de afkoelingsperiode vallen naar de tweede fase wordt een wijziging die als verstrekkend werd beschouwd buiten de eerste fase gehouden. Deze drie en andere wijzigingen in het wetsvoorstel maken het nog meer opportuun deze voorstellen te doen in de eerste fase.

Met betrekking tot de commentaren uit de praktijk zij het volgende opgemerkt. In de eerste fase van het MDW-project zijn de voorstellen die de MDW-werkgroep overwoog te doen, besproken met vertegenwoordigers van de NVvR – zowel van de Vereniging als geheel, als van de Werkgroep faillissementen van de Vereniging («Recofa») –, de NovA, Insolad, de Nederlandse Vereniging van Banken, de Koninklijke Vereniging MKB-Nederland, en VNO/NCW, alsmede enkele personen op persoonlijke titel, werkzaam als bedrijfsjurist of als hoogleraar. Naar aanleiding van dit overleg is een wetsontwerp opgesteld en besproken met grosso modo dezelfde deskundigen. De voorstellen in dit ontwerp leken niet op fundamentele bezwaren te stuiten. Wel heeft de Nederlandse Vereniging van Banken ernstige bezwaren geuit tegen de regeling van de bevoegdheid tot gebruik, verbruik en vervreemding en tegen de verlenging van de afkoelingsperiode. Naar aanleiding van deze bespreking is een aantal wijzigingen aangebracht, onder andere met betrekking tot de rang van de vordering ter zake van de vergoeding ten opzichte van de vordering van de fiscus. Ik beschikte nog niet over de



commentaren van Insolad, de NVvR en de NOvA op het moment dat het wetsvoorstel aan de ministerraad respectievelijk de Raad van State werd gezonden, zodat deze commentaren niet meer konden leiden tot wijziging van het wetsvoorstel vóór toezending aan de Raad van State. Eén van de belangrijkste kritiekpunten van de NovA betreft het oorspronkelijk voorgestelde artikel dat bepaalde dat de rechtbank het surséance-verzoek onmiddellijk dient te toetsen. Ook de Raad van State heeft hierover een opmerking gemaakt. Zoals reeds opgemerkt is het wetsvoorstel op dit punt aangepast. De belangrijkste wijziging is de verruiming van de bescherming van de schuldeisers die onder de afkoelingsperiode vallen. Een ander onderdeel van de wijzigingen betreft de wijziging van de regeling van de afkoelingsperiode in geval van faillissement en surséance van deelnemers aan betalings- en effectenafwikkelingssystemen, teneinde te voldoen aan de zogeheten finaliteits-Richtlijn (Richtlijn nr 98/26/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 19 mei 1998, PbEG nr L 166/45)]

Ik meen dat op deze wijze in belangrijke mate tegemoet kan worden gekomen aan de opmerkingen van de Raad. Aan de criteria om de voorstellen op te nemen in de eerste fase wordt voldaan. Voor veel van die voorstellen wordt al lang gepleit. Zij kunnen op korte termijn verwezenlijkt worden.

## *2. Nutsbedrijven als bijzondere boedelcrediteuren*

*Naar het model van artikel 304 FW wordt voorgesteld om door middel van de artikelen 37b en 237b de vaste leveranciers van gas, water, elektriciteit en verwarming (de nutsbedrijven) de bevoegdheid te ontnemen om bij faillissement of surséance van betaling de levering van genoemde producten op te schorten of de desbetreffende overeenkomst te beëindigen wegens het door de schuldenaar niet nakomen van een verbintenis tot betaling van een geldsom, welke is ontstaan vóór de faillietverklaring of de surséance. Deze ingreep wordt in de toelichting gerechtvaardigd door erop te wijzen<sup>1</sup> dat de nutsbedrijven thans een feitelijk voorrecht hebben ten opzichte van andere schuldeisers en dat afsluiting door een nutsbedrijf de verkoop «going concern» van de onderneming ernstig kan bemoeilijken. De Raad is niet op voorhand overtuigd dat er voldoende aanleiding is voor het scheppen van een wettelijke uitzonderingspositie ten laste van de leveranciers van gas, water, elektriciteit en verwarming met het oog op de eerste levensbehoeften van de gefailleerde of de surseant dan wel ter voortzetting van zijn onderneming.<sup>2</sup> Het college acht het niet zonder meer logisch dat in het voorstel ten dezen geen onderscheid wordt gemaakt tussen particulieren en ondernemingen. Dat onderscheid ligt echter wel ten grondslag aan het voor het onderhavige wetsvoorstel gekozen uitgangspunt. In de toelichting wordt als argument verwezen naar de regeling die in artikel 304 FW is getroffen met betrekking tot de nutsvoorzieningen van natuurlijke personen bij toepassing van de schuldsanering. Als argument acht de Raad deze verwijzing niet overtuigend. Enerzijds omdat die regeling specifiek is getroffen met het oog op de bijzondere belangen van natuurlijke personen en anderzijds omdat met de uitwerking van de eerst sinds december 1998 in werking getreden regeling nog onvoldoende ervaring is opgedaan. De behoefte van ondernemingen aan gas, water, electriciteit en verwarming verschillen per onderneming sterk. Het belang van nutsvoorzieningen is ook per bedrijf anders.*

*Vooralsnog is de Raad er niet van overtuigd dat het met het oog op (bepaalde) voortzetting van een onderneming gerechtvaardigd is deze leveranciers van nutsvoorzieningen in een juridische positie tegenover de boedel te brengen die – als sanctie op een mogelijk feitelijk voordeel in de huidige situatie ten opzichte van andere crediteuren – voor wat betreft hun bestaande vorderingen aanmerkelijk zwakker is dan die van de andere leveranciers aan de boedel. Bovendien kan deze faciliteit voor een onderneming in moeilijkheden onder omstandigheden de normale concurrentieverhoudingen verstoren. Behoeft aan een dergelijke maatregel is ook in zoverre minder evident nu recente jurisprudentie misbruik van een eventueel monopolie of vergelijkbare machtspositie bij het invoeren van het opschortingsrecht onmogelijk maakt.<sup>3</sup> Overigens lijkt er voor het scheppen van een uitzonderingspositie voor nutsbedrijven te minder reden, nu deze in het bijzonder als leverancier op de bedrijvenmarkt in snel tempo hun monopolistische status verliezen.*

<sup>1</sup> Memorie van toelichting, toelichting bij artikel 37b.

<sup>2</sup> In de literatuur en in de commentaren van Insolad en Recofa wordt verondersteld dat de verrekeningsbevoegdheid van artikel 53 Fw tijdens de afkoelingsperiode ongewijzigd blijft. De voorgestelde tekst bevat geen expliciete afwijking van genoemd wetsartikel, zodat deze veronderstelling door het college wordt ondersteund.

<sup>3</sup> NJ 1998, 896, Van der Hell qq/Edon.

*Het college beveelt aan het treffen van eventuele wettelijke voorzieningen welke onderscheid maken tussen enerzijds leveranciers van bepaalde nutsvoorzieningen en anderzijds de overige leveranciers van goederen en diensten die voor de voortzetting van een onderneming essentieel zijn, te betrekken in de algehele herziening van het insolventierecht.*

## 2. Nutsbedrijven

De positie van nutsbedrijven verdient bijzondere aandacht. Voor alles hecht ik eraan een mogelijk misverstand uit de weg te ruimen. De voorgestelde regeling heeft geen betrekking op nutsbedrijven als boedelcrediteuren. De regeling heeft betrekking op het feitelijk afdwingen van betalingen van vorderingen die zijn ontstaan vóór de datum van faillietverklaring of surséanceverlening, en heeft dus geen betrekking op boedelschulden. Het is dan ook verwarringwekkend om te spreken over «nutsbedrijven als bijzondere boedelcrediteuren».

Nutsbedrijven kunnen in de huidige situatie een uitzonderingspositie innemen die door de wetgever niet is beoogd, maar die door de wet niet onmogelijk wordt gemaakt. J. B. M. Vranken met in zijn noot onder HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 449 (Amro-THB) op dat het onwenselijk is dat een bepaalde crediteur door een toevallige omstandigheid zich een niet door de wetgever beoogde positie kan verwerven. Een dergelijke omstandigheid kan zijn gelegen in het feit dat de crediteur een vordering heeft ter zake van de levering van goederen zonder welke de door de schuldenaar gedreven onderneming niet kan worden voortgezet, en welke goederen niet van een andere leverancier kunnen worden betrokken. Gas, water, electriciteit en verwarming zijn nu nog zulke goederen. Indien een nutsbedrijf leveranties na de datum van faillietverklaring opschort om betaling af te dwingen van vorderingen die zijn ontstaan vóór de datum van faillietverklaring, verwerft het nutsbedrijf zich een bijzondere positie door een toevallige omstandigheid. Het verdient de voorkeur dat nutsbedrijven dezelfde positie hebben als andere concurrente schuldeisers en dus niet over de feitelijke mogelijkheden beschikken waarover andere concurrente schuldeisers evenmin beschikken. Het wetsvoorstel geeft dus niet zo zeer een wettelijke uitzonderingspositie aan nutsbedrijven, maar ontnemt hen juist een feitelijke uitzonderingspositie die zij nu – door de wetgever niet beoogd – kunnen innemen. De schuld die ontstaat na de datum van faillietverklaring of surséanceverlening is een boedelschuld, dus een schuld die, zonder verificatie te behoeven, een onmiddellijke aanspraak op de boedel geeft. Hierin verschilt een nutsbedrijf niet van anderen die na die datum nog goederen leveren aan de boedel. Dat geldt ook voor de mogelijkheid dat wordt bedongen dat verdere leveranties worden opgeschort indien leveranties van gas, water, electriciteit en verwarming na datum van faillietverklaring of surséanceverlening niet worden voldaan.

De gekozen oplossing is ook in de literatuur bepleit. Zie bijvoorbeeld S. C. J. J. Kortmann, J. J. van Hees en N. E. D. Faber, Continuïteit van ondernemingen in moeilijkheden, preadvies voor de Vereniging voor Vergelijkende Studie van het recht van België en Nederland, blz. Tijdschrift voor privaatrecht; blz. 1327 of blz. 127 (overdruk).

Ook kan erop worden gewezen dat in het Franse recht een enigszins vergelijkbare regeling voorkomt. Artikel 37, tweede lid, van de Franse «Faillissementswet» (Loi n° 85-98) bepaalt: «Le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution de ces engagements antérieurs au jugement d'ouverture (...)». Indien de administrateur besluit de overeenkomst voort te zetten, dient hij aan de nieuwe verplichtingen te voldoen. Wordt aan deze nieuwe verplichtingen niet voldaan, dan eindigt de overeenkomst van rechtswege. Zie ook P. M. J. Verstijlen, NJB 1998, blz. 1679.

In het wetsvoorstel wordt geen onderscheid gemaakt tussen particulieren en ondernemingen. De reden daarvoor is de volgende. Het wetsvoorstel beoogt hoofdzakelijk de effectiviteit van het faillissement en de surséance met betrekking tot ondernemingen te bevorderen. Om die reden heeft de regel uitdrukkelijk betrekking op gas, water, electriciteit en verwarming die benodigd zijn voor de voortzetting van de door de schuldenaar gedreven onderneming. Er is evenwel reden om de regel ook in gevallen toe te passen waarin het gas, water, electriciteit en verwarming strekken tot de voorziening in de eerste levensbehoeften, met andere woorden, met betrekking tot natuurlijke personen. Sinds het arrest HR 20 maart 1981, NJ 1981, 640 (Veluwse nutsbe-

drijven) is het al geldend recht dat nutsbedrijven de bevoegdheid missen in geval van leveringen aan natuurlijke personen. Indien in het wetsvoorstel in artikel 37b niet tevens zou worden bepaald dat de levering evenmin mag worden opgeschort in gevallen waarin het gas, water, electriciteit en verwarming strekken ter voorziening in de eerste levensbehoeften, zou op z'n minst onduidelijkheid ontstaan met betrekking tot de vraag of het wetsvoorstel beoogt deze uitzondering over te nemen. Hetzelfde geldt voor artikel 237b met betrekking tot surséance van betaling, waarbij overigens bedacht moet worden dat de surséance op grond van artikel 213, tweede lid, alleen dan aan een natuurlijk persoon kan worden verleend indien deze een zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent.

Zoals de Raad al signaleert, kan de behoefte van ondernemingen aan gas, water, electriciteit en verwarming per onderneming sterk verschillen en ook het belang van nutsvoorzieningen is per bedrijf anders. Om die reden zijn in artikel 37b de woorden «benodigd voor het voortzetten van de door de schuldenaar gedreven onderneming» opgenomen. Indien deze leveranties of één daarvan niet benodigd zijn voor het voortzetten van de onderneming, is artikel 37b niet van toepassing. In dat geval immers zal de curator zich niet feitelijk gedwongen voelen de oude vorderingen te voldoen.

De nutsbedrijven krijgen dezelfde positie tegenover de boedel als anderen die aan de boedel leveren. Een ieder die levert aan de boedel heeft de bevoegdheid contante betaling of zekerheden te verlangen. Tegenover een leverantie aan de boedel staat een boedelschuld. Indien boedelschulden niet worden voldaan, kunnen de boedelschuldeisers beslag leggen. Herhaald zij dat verdere leveranties kunnen worden gestaakt of geschorst indien leveranties die na de faillietverklaring of de surséanceverlening worden gedaan, niet worden voldaan. Deze regels gelden gelijkelijk voor nutsbedrijven die aan de boedel leveren en anderen die aan de boedel leveren. Het is derhalve niet zo dat het wetsvoorstel de leveranciers van nutsvoorzieningen in een juridische positie tegenover de boedel brengt die voor wat betreft hun bestaande vorderingen aanmerkelijk zwakker is dan die van andere derden die aan boedel leveren.

Het is inherent aan een surséance van betaling dat de concurrentieverhoudingen tussen de gesurseëerde en zijn branchegenoten anders zijn dan buiten een surséance. Degene aan wie surséance van betaling is verleend kan immers tijdelijk niet worden gedwongen tot betaling van zijn schulden, hetgeen niet geldt voor schuldenaren aan wie niet surséance is verleend. Dat de faciliteit de concurrentieverhoudingen tussen de gesurseëerde en zijn branchegenoten zou worden verstoren, kan dan ook niet als een zelfstandig bezwaar worden gezien. De bedingen in de leverantie-overeenkomsten zullen veelal zo luiden, dat het nutsbedrijf vóór surséance nog geen opschortingsbevoegdheid heeft, maar tijdens surséance wel. Het is dus veeleer zo dat dergelijke bedingen de concurrentieverhoudingen tijdens surséance wijzigen, namelijk ten nadele van de gesurseëerde. Dat het wetsvoorstel een einde beoogt te maken aan deze praktijk, is dan ook eerder het corrigeren van een wijziging van concurrentieverhoudingen, dan het verstoren van concurrentieverhoudingen.

Voorts geldt dat er in de praktijk weinig tijd zal zijn om een beroep te doen op verstoorte concurrentieverhoudingen. Indien het nutsbedrijf te kennen heeft gegeven de leveranties over twee dagen op te schorten indien binnen die termijn de oude vorderingen niet zijn voldaan, zal de curator er mogelijkterwijls voor kiezen de oude vorderingen te voldoen, ten detrimente van de andere schuldeisers, in plaats van het te laten aankomen op een gerechtelijke procedure of een procedure bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit.

Ik meen dat de wetgever zich hier moet uitspreken. In het arrest HR 20 maart 1981, NJ 1981, 460 («Veluwse nutsbedrijven») heeft de Hoge Raad overwogen dat een nutsbedrijf het recht heeft, ook in geval van faillissement van de wederpartij, verdere prestaties op te schorten zolang het ter zake van eerdere prestaties verschuldigde niet is voldaan. In het arrest HR 16 oktober 1998, NJ 1998, 896 (Van der Hel q.q. – Edon) heeft de Hoge Raad deze regel herhaald en tevens overwogen dat uit artikel 63a zelf niet kan worden afgeleid dat het nutsbedrijf die bevoegdheid tijdens de afkoelingsperiode niet heeft. Voorts overwoog de Hoge Raad dat het in de omstandigheden van het geval jegens de boedel en/of de andere schuldeisers naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou kunnen zijn dat het energiebedrijf de energie-

toevoer zou beëindigen. Met betrekking daartoe kan worden opgemerkt dat het mogelijk is dat het invoeren van een opschortingsrecht ook onwenselijk is zonder dat het het zware predikaat «misbruik» krijgt. Het is onwenselijk dat de omstandigheid dat iemand al dan niet bepaalt wat iemands rechtspositie is. In dit verband kan worden gewezen op bijvoorbeeld 4.8 van de conclusie van AG Spier bij het arrest Van der Hel q.q. – Edon, waarin de AG opmerkt dat de wetgever, die alleszins bekend is met de onderhavige situatie, ervan af heeft gezien om een regeling te treffen. Daar leidt hij uit af dat het niet op de weg van de rechter ligt om, in afwijking van eerdere -de wetgever bekendrecht-spraak datgene te doen wat de wetgever heeft nagelaten. Ik deel die mening. Uit de tekst zelf van artikel 63a – zowel de huidige tekst als de voorgestelde – kan niet worden afgeleid dat het nutsbedrijf geen opschortingsbevoegdheid heeft. Nu de oplossing niet kan worden overgelaten aan de jurisprudentie, moet deze van de wetgever komen. Ook Joosen (E. P. M. Joosen, Overdracht van ondernemingen uit faillissement (diss.), W. E. J. Tjeenk Willink, Deventer, 1998, blz. 150) vindt het in de rede liggen verder na te denken over de vraag of hieromtrent door de wetgever niet meer duidelijkheid moet worden geschapen.

Ook hier geldt dat in de praktijk het de curator in de praktijk te weinig tijd heeft om zich in een gerechtelijke procedure te beroepen op misbruik door het nutsbedrijf. Het is mogelijk dat de leveranties al zijn geschorst voordat de rechter daarover een uitspraak heeft gedaan, zelfs indien die uitspraak in kort geding wordt gedaan.

De ontwikkelingen op de energiemarkt zijn evenmin aanleiding om de maatregel niet voor te stellen. Indien het gas, water, electriciteit en verwarming van de desbetreffende leverancier niet benodigd zijn voor de voortzetting van de door de schuldenaar gedreven onderneming, is de betreffende regeling niet langer van toepassing. Dit kan het geval zijn indien de nutsbedrijven als leverancier op de bedrijvenmarkt hun monopolistische status verliezen. De energie kan dan immers ook van andere leveranciers worden betrokken, zodat de curator ook in dat geval zich niet feitelijk gedwongen zal voelen de oude vorderingen te voldoen. Omdat het verbod tot opschorten van leveranties een kernpunt is voor de redding van de door de schuldenaar gedreven onderneming, verdient het de voorkeur thans reeds een regeling op te nemen. Om diezelfde reden verdient het niet de voorkeur om de ervaringen met artikel 304 af te wachten.

### *3. De afkoelingsperiode*

*Het voorstel tot wijziging van de artikelen 63a, eerste lid, en 241a, eerste lid, gaat uit van de wenselijkheid van verdubbeling van de maximale duur van de zogenaamde afkoelingsperiode, gedurende welke de bevoegdheden van derden tot verhaal en opeising niet zonder machtiging van de rechter-commissaris kunnen worden uitgeoefend. In de toelichting<sup>1</sup> wordt volstaan met aan te geven dat de lengte van de huidige periode in de weg kan staan aan een kansrijke sanering. Niet duidelijk is evenwel waarop deze visie berust en waaraan de verwachting wordt ontleend dat de verlenging het beoogde resultaat waarschijnlijk maakt. Ook wordt niet toegelicht waarom niet zou kunnen worden volstaan met verlenging van de afkoelingsperiode met telkens één maand, zodat de rechter-commissaris maandelijks kan toetsen of voortzetting van de inbreuk op de rechten van derden wordt gerechtvaardigd door het perspectief op continuering van (een deel) van de onderneming. Niet blijkt dat de ervaringen die tot dusver met het instituut van de afkoelingsperiode zijn opgedaan de voorgestelde uitbreiding ervan rechtvaardigen. De Raad beveelt aan de kwestie van verlenging van de afkoelingsperiode aan de orde te stellen binnen het kader van de algehele herziening van het faillissementsrecht.*

### 3. De afkoelingsperiode

In het eerder genoemde deskundigenoverleg is uitvoerig gesproken over de afkoelingsperiode. Naar aanleiding van het overleg is besloten tot de verlenging van de afkoelingsperiode tot maximaal tweemaal twee maanden. De NOV a acht deze verlenging een goede zaak, de NVvR en Insolad pleiten voor een maximale verlenging tot drie maanden. Hierop berust de visie dat de huidige maximum-termijn te kort is, in het bijzonder in de meer complexe gevallen. Nadrukkelijk zij erop gewezen dat het maximumtermijnen betreft; de

---

<sup>1</sup> Algemeen, paragraaf 4, onder d, tweede alinea.

rechter-commissaris kan derhalve ook tot kortere termijnen besluiten. Hierdoor wordt geen langere afkoelingsperiode afgekondigd dan nodig is. Tevens wordt bevorderd dat de verzoeker motiveert waarom een afkoelingsperiode van deze duur nodig is.

*4. Voorgesteld wordt om in de artikelen 63a, eerste lid, en 241a, eerste lid, te bepalen dat de afkoelingsperiode ook geldt voor boedelschuldeisers. Slechts met machtiging van de rechter-commissaris kan een boedelschuldeiser tijdens die periode zijn rechten tot verhaal of tot opeising uitoefenen. De rechter-commissaris kan aan een dergelijke machtiging voorwaarden verbinden ten laste van de desbetreffende crediteuren. Hij heeft de bevoegdheid, maar niet de plicht te bepalen dat zekerheid wordt gesteld indien hij de machtiging niet geeft. In de toelichting wordt slechts aangegeven dat nu buiten twijfel wordt gesteld dat ook boedelschuldeisers onder de afkoelingsperiode kunnen vallen. Naar het oordeel van de Raad betreft ook dit voorstel een verstrekkende verandering ten opzichte van de huidige situatie<sup>1</sup> doordat een inbreuk wordt gemaakt op de bescherming welke de boedelschuldeisers in de huidige Faillissementswet genieten en waarmee doorgaans ook de voortzetting van een gefailleerde onderneming en de boedel gediend zijn. Om de in punt 2 vermelde redenen beveelt het college aan bij uitsteking dit onderwerp, dat neerkomt op een vergaande inperking van de rechten van boedelcrediteuren, niet te behandelen in de eerste maar in de tweede fase van de voorgenomen herziening van het insolventierecht.*

4. Met de Raad meen ik dat het voorstel met betrekking tot de positie van de boedelschuldeisers zodanig verstrekkend is dat het zich niet leent voor opnemings in dit wetsvoorstel. Het voorstel is gewijzigd in die zin dat niet langer wordt bepaald dat ook boedelschuldeisers hun rechten tijdens de afkoelingsperiode niet kunnen uitoefenen. Het onderwerp zal in de tweede fase aan de orde komen.

*5. De rechter-commissaris kent de derde die tijdens de afkoelingsperiode zijn rechten tot verhaal of tot opeising niet kan uitoefenen een vergoeding toe, welke hij ingevolge de artikelen 63a, derde lid, en 241a, derde lid, bepaalt naar billijkheid.*

*Allereerst signaleert de Raad dat niet zonder meer valt in te zien waarom in deze bepalingen een vergoeding «naar billijkheid» wordt toegekend, terwijl in de artikelen 63c, tweede lid, en 241c, tweede lid, de rechter-commissaris degene die schade lijdt doordat de curator/bewindvoerder gebruikmaakt van de bevoegdheid tot gebruik, verbruik of vervreemding van tot de boedel behorende goederen een «in redelijkheid te bepalen vergoeding» toekent. Indien het hier gaat om een verschil in de grondslagen voor de in de onderscheiden gevallen toe te kennen vergoeding, dient dit en de ratio ervan te worden toegelicht. Wanneer dat niet het geval is dient de terminologie te worden geharmoniseerd.*

*Vervolgens rijst de vraag of de toekenning van een dergelijke vergoeding, indien zij uiteindelijk niet de volledige door de derde geleden schade dekt, ertoe leidt dat de derde niet het recht heeft het restant van de door hem per saldo geleden schade te verhalen op de boedel. Het college vermag niet in te zien waarom de in deze bepalingen bedoelde derden enigerlei schade zou moeten lijden en aanvaarden omdat «uitvoerige discussies over de exacte omvang van de schade» op basis van het algemene aansprakelijkheidsrecht «de effectiviteit van het faillissement en de surséance van betaling niet bevorderen».<sup>2</sup> De keuze tussen enerzijds de belangen van snelheid en verwachte effectiviteit en anderzijds volledige schadevergoeding voor die schuldeisers die voortzetting van de onderneming mogelijk (moeten) maken, hoort bij uitsteking thuis binnen het kader van de brede afweging waartoe fase II van de herziening van het faillissementsrecht is bestemd.*

*De Raad acht ten minste nadere rechtvaardiging noodzakelijk van de voorgestelde beperkingen van het recht op volledige vergoeding van de schade van derden die hun rechten tot verhaal of tot opeising tijdelijk niet kunnen uitoefenen.*

5. Naar aanleiding van de opmerking van de Raad met betrekking tot de terminologie, is het wetsvoorstel gewijzigd in die zin dat steeds wordt gesproken van «een naar redelijkheid te bepalen vergoeding».

<sup>1</sup> HR 14 juni 1991, NJ 1991, 630.

<sup>2</sup> Toelichting bij artikel 63a, zesde alinea.

Indien de curator zijn bevoegdheid om het goed waarop een recht van een derde rust te gebruiken, verbruiken of te vervreemden, kent de rechter-commissaris aan de derde een in redelijkheid te bepalen vergoeding toe. In het wetsvoorstel was het begrip «redelijke vergoeding» niet nader omschreven. Naar aanleiding van het advies van de Raad, alsmede de commentaren van de zijde van het bankwezen is het wetsvoorstel aangevuld met de bepaling dat de vergoeding de derde zo veel mogelijk in de positie brengt waarin hij zou hebben verkeerd indien er geen afkoelingsperiode was afgekondigd. Daarmee is beoogd tot uitdrukking te brengen dat de werkelijke financiële schade die door de derde wordt geleden als richtsnoer moet worden gehanteerd, zonder dat deze schade exact dient te worden berekend. Nadrukkelijk zij opgemerkt dat bij de beantwoording van de vraag welke vergoeding als «redelijk» kan worden bestempeld, geen rol speelt hetgeen andere schuldeisers ontvangen. Zo kan niet worden geredeneerd dat de vergoeding aan de schuldeiser die zijn recht niet kan uitoefenen tijdens de afkoelingsperiode lager dient te zijn naarmate de andere schuldeisers een lager percentage ontvangen op hun vordering. In de praktijk zal de hoogte van de vergoeding de hoogte van de werkelijk geleden schade zo dicht mogelijk benaderen.

Voorgesteld wordt dat de vergoeding die tegenover het gebruik, verbruik of de vevreemding staat, in redelijkheid wordt bepaald, en dat deze vergoeding de derde zo veel mogelijk in de positie brengt waarin deze zou hebben verkeerd indien er geen afkoelingsperiode was afgekondigd. Het is goed de achtergrond van een en ander te schetsen. Het doel van het wetsvoorstel is de continuïteit te bevorderen van ondernemingen die in financiële moeilijkheden verkeren. Een van de wijzen waarop aan de continuïteit een bijdrage kan worden geleverd, is te bevorderen dat de curator c.q. de bewindvoerder en de schuldenaar de onderneming kunnen voortzetten tijdens faillissement respectievelijk surséance. Dit is alleen dan mogelijk indien de curator tijdens de afkoelingsperiode goederen waarop derden een recht hebben, kan gebruiken, verbruiken of vervreemden. De derden die hierdoor hun rechten niet meer kunnen uitoefenen, moeten zo veel mogelijk in de positie worden gebracht waarin zij zouden hebben verkeerd indien geen afkoelingsperiode was afgekondigd. In de praktijk zal veelal de geleden schade met grote mate van nauwkeurigheid kunnen worden geschat. Bij deze schatting zal de executiewaarde van de goederen een rol spelen. Indien de exacte hoogte van de schade moet worden vastgesteld, loopt men het risico dat zowel de curator als de derde veel tijd en moeite besteden aan de berekening van bedragen die weinig van elkaar verschillen. De betwisting over en weer zou zelfs kunnen uitmonden in een geschil dat aan de rechter wordt voorgelegd. Dat zal de duur van de surséance en het faillissement ernstig kunnen verlengen, hetgeen de continuïteit van ondernemingen in surséance of faillissement niet bevordert. In dit verband zij in herinnering gebracht dat Boot en Ligterink de lange duur van de procedures als een oorzaak van de inefficiëntie van surséance en faillissement zien. Overigens is het goed erop te wijzen dat het ook mogelijk is dat de vergoeding juist iets hoger is dan de werkelijk geleden schade. De opmerkingen van de Raad zijn voorts aanleiding geweest artikel 59 opnieuw te bezien. Het is mogelijk dat, indien geen afkoelingsperiode was afgekondigd en de pandhouder of de beperkt gerechtigde zijn rechten had uitgeoefend, de opbrengst niet toereikend zou zijn geweest om zijn vordering te voldoen. Ook de vergoeding die wordt toegekend indien wel een afkoelingsperiode is afgekondigd, zal dan ontoereikend zijn om de vordering te voldoen. In dat geval kan de schuldeiser voor het ontbrekende als concurrent schuldeiser in de boedel opkomen. Artikel 59 is in verband hiermee aangepast.

*6. In artikel 63b is bepaald dat tijdens de afkoelingsperiode een beroep door de wederpartij op een beding dat faillietverklaring grond oplevert voor ontbinding van de overeenkomst op grond waarvan de gefailleerde het goed onder zich heeft dan wel dat die overeenkomst van rechtswege zal zijn ontbonden, slechts is toegelaten met goedvinden van de curator. In artikel 241b is met betrekking tot surséance een vergelijkbare bepaling opgenomen. Niet duidelijk is of nadat de afkoelingsperiode is afgelopen opnieuw een beroep op het beding moet worden gedaan of dat de ontbinding vervolgens van rechtswege alsnog effect heeft per het einde van de afkoelingsperiode. De Raad beveelt aan de desbetreffende regeling te verduidelijken.*

6. In artikel 63b was bepaald dat tijdens de afkoelingsperiode een beroep door de wederpartij op een beding dat faillietverklaring grond oplevert voor ontbinding van de overeenkomst op grond waarvan de gefailleerde het goed onder zich heeft dan wel dat die overeenkomst van rechtswege zal zijn ontbonden, slechts is toegelaten met goedvinden van de curator. De Raad acht onduidelijk of, nadat de afkoelingsperiode is afgelopen, opnieuw een beroep op dat beding moet worden gedaan, dan wel dat de ontbinding vervolgens van rechtswege alsnog effect heeft met ingang van het eind van de afkoelingsperiode. De opmerking van de Raad van State is aanleiding geweest de bepaling nog eens te bezien. Insolad vraagt zich af of de continuïteit van de onderneming wel in gevaar komt als een bepaling als deze niet in de wet wordt vastgelegd. De NOvA acht deze bepaling overbodig, indien de curator reeds op grond van de wet een recht op gebruik, verbruik en vervreemding heeft. Naar aanleiding van deze commentaren is artikel 63b geschrapt, en zijn de oorspronkelijke artikelen 63c tot en met 63e vernummerd tot 63b tot en met 63d.

*7. Ingevolge de artikelen 63c, eerste lid, en 241c, eerste lid, kan de curator onderscheidenlijk bewindvoerder in de afkoelingsperiode goederen gebruiken, verbruiken of vervreemden als de schuldenaar deze bevoegdheid had. In deze gevallen kan de rechter-commissaris aan degene die schade lijdt een «in redelijkheid te bepalen vergoeding» toekennen (artikelen 63c, tweede lid, en 241c, tweede lid). Deze vergoeding is boedelschuld. Voorzover echter de schuldeiser niet volledig schadeloos wordt gesteld, verschillen de gevolgen van enerzijds gebruik en anderzijds verbruik en vervreemding. Goederen gaan bij gebruik over het algemeen niet teniet. De schuldeiser kan deze na ommekomst van de afkoelingsperiode bijvoorbeeld terugnemen. Eventueel waardeverlies zal veelal beperkt zijn, en daarmee het risico van niet vergoede schade. Niet valt in te zien dat het ten opzichte van de desbetreffende crediteuren redelijk is dat in artikel 63c verbruik en vervreemding met gebruik op één lijn worden gesteld nu alleen bij gebruik enige zakelijke zekerheid voor de crediteur resteert. De Raad beveelt aan de bevoegdheid tot verbruik en vervreemding uitsluitend te verlenen indien gewaarborgd is dat de eigenaren van de goederen de waarde ervan volledig vergoed krijgen.*

7. In het wetsvoorstel worden enerzijds de bevoegdheid tot gebruik en anderzijds de bevoegdheid tot verbruik en vervreemding op één lijn gesteld, in de zin dat de vergoeding die moet worden betaald indien de curator gebruik maakt van die bevoegdheden in alle gevallen de derde in de positie moet brengen waarin hij zou hebben verkeerdd indien geen afkoelingsperiode was afgekondigd. Daarvoor is met opzet gekozen. Het is juist dat alleen bij gebruik enige zakelijke zekerheid voor de derde resteert. Bij gebruik blijft het goed immers bestaan, hetgeen niet het geval is bij verbruik. Bij vervreemding blijft het goed weliswaar in stand, maar het beding op grond waarvan de pandhouder bevoegd is de verpande zaak in de normale uitoefening van zijn onderneming te vervreemden, heeft de strekking de pandgever in staat te stellen de verpande zaak onbelast op de verkrijger te doen overgaan (Asser-Van Velten III, nr. 79). Dat neemt niet weg dat ook in geval van gebruik de derde schade kan lijden. Die schade komt voor vergoeding in aanmerking, net als de schade die ontstaat doordat de curator het goed verbruikt of vervreemdt. Niet valt in te zien waarom voor die vergoeding andere maatstaven – nog daargelaten welke dat dan zouden moeten zijn – zouden moeten worden aangelegd dan voor de vergoeding ter zake van verbruik en vervreemding.

Met betrekking tot de vraag of de bevoegdheid tot verbruik en vervreemding uitsluitend dan moet worden verleend indien gewaarborgd is dat de eigenaren van de goederen de waarde ervan volledig vergoed krijgen, merk ik het volgende op. Zoals hierboven onder punt 5 al is opgemerkt, is aan het wetsvoorstel toegevoegd dat de vergoeding de derde zo veel mogelijk in de positie moet brengen waarin hij zou hebben verkeerdd indien geen afkoelingsperiode was afgekondigd. Het verschil tussen hetgeen de derde op basis van deze regel ontvangt en hetgeen hij zou ontvangen indien de waarde van de goederen volledig zou worden vergoed, is zeer vermoedelijk gering, en niet altijd ten nadele van de derde. De kosten die moeten worden gemaakt en de tijd die moet worden besteed om te berekenen wat een exacte schadever-

goeding zou zijn, zijn te groot en te veel in verhouding tot het verschil tussen de exacte schadevergoeding en de redelijke vergoeding. Los van het bezwaar tegen een berekening van de exacte schade, zou de regel dat de eigenaren van de goederen de waarde ervan volledig vergoed krijgen, niet erg gelukkig geformuleerd zijn. In de eerste plaats behoren tot de derden die hun rechten niet kunnen uitoefenen tijdens de afkoelingsperiode niet uitsluitend schuldeisers die een eigendomsvoorbehoud hebben bedongen, maar ook pandhouders, schuldeisers die een reclamerecht kunnen uitoefenen of een overeenkomst van «leasing» met de schuldenaar hebben lopen, of aan hem op andere wijze goederen ten gebuike hebben gegeven. Ook moet worden gedacht aan het bodemrecht van de fiscus, dat deze in staat stelt goederen die zich onder de schuldenaar bevinden op te eisen in verband met door derden daarop gepretendeerde rechten (zie Parl. Gesch., Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), blz. 414). De schuldenaar zelf kan de eigenaar zijn. Het zou dus ongelukkig zijn te zeggen dat de eigenaren de waarde vergoed moeten krijgen. Ten tweede hoeft niet altijd de waarde van het goed vergoed te worden. Indien de waarde van het goed lager is dan de vordering die de schuldeiser heeft, zou het onjuist zijn hem de waarde van het goed te vergoeden. Hieraan kan worden toegevoegd dat ook nu, onder het huidige recht, de schuldeiser die een recht heeft op een goed in de praktijk veelal genoeg neemt met een lager bedrag dan het bedrag van de vordering. De schuldeiser geeft daaraan de voorkeur boven het zelf terugnemen van het goed en dit zelf te gelde maken, hetgeen ook kosten met zich meebrengt.

*8. Ingevolge het vijfde lid van de artikelen 63c en 241c kan de derde die door de bevoegdheid van de curator onderscheidenlijk bewindvoerder tot verbruik en vervreemding in zijn belang wordt geschaad, de rechter-commissaris verzoeken te bepalen dat deze bevoegdheid niet langer aan de curator onderscheidenlijk bewindvoerder toekomt. Het verzoek dient binnen acht dagen na afkondiging van de afkoelingsperiode te worden gedaan. De woorden «wordt geschaad» duiden erop dat de schade door het vervreemden of verbruiken zich moet voordoen op het moment van het verzoek. Om schade te voorkomen kan het wenselijk zijn dat reeds voordien de mogelijkheid bestaat dat derden een dergelijk verzoek aan de rechter-commissaris kunnen doen, voordat de curator onderscheidenlijk bewindvoerder van zijn bevoegdheid gebruik mag maken. Geadviseerd wordt in een dergelijke mogelijkheid te voorzien.*

*Bovendien wijst de Raad erop dat in artikel 63c, vijfde lid, voor het verzoek van de derde een termijn van acht dagen na afkondiging van de afkoelingsperiode is bepaald. In artikel 241c, vijfde lid, ontbreekt deze termijn. Geadviseerd wordt in 241c een aan artikel 63c, vijfde lid, gelijke termijn op te nemen.*

8. De Raad wijst op de wenselijkheid om in het vijfde lid van zowel artikel 63c als van artikel 241c de mogelijkheid op te nemen dat een derde reeds op een eerder moment een beëindigingsverzoek tot de rechter-commissaris kan richten ten aanzien van de verbruik- en vervreemdingsbevoegdheid dan pas op het moment dat de schade daadwerkelijk is geleden door het uitoefenen van die bevoegdheid door de curator onderscheidenlijk de bewindvoerder. De Raad leidt uit de woorden dat de derde het verzoek mag doen als hij in zijn belang «wordt geschaad» af dat bij een dreiging van aantasting van zijn belang een dergelijk verzoek niet mogelijk zou zijn. Een zodanig beperkte uitleg, inhoudende dat een dreigende aantasting van belangen (nog) geen schade is, is niet beoogd. Gezien het informele karakter van de hier bedoelde procedure bestaat er ook geen enkel bezwaar tegen dat de betrokken derde het verzoek in een vroeg stadium tot de behandelend rechter-commissaris richt teneinde te voorkomen dat schade wordt geleden. Dit kan onder andere worden benadrukt door te stellen dat het verzoek uiterlijk acht dagen na afkondiging van de afkoelingsperiode moet worden ingediend. Duidelijkheidshalve is de tekst van beide bepalingen dan ook aangepast in de richting die de Raad aangeeft. Tevens is het advies van de Raad opgevolgd om in artikel 241c, vijfde lid (in de versie die aan de Raad is gezonden) een soortgelijke termijn van acht dagen als die in artikel 63c, vijfde lid na afkondiging van de afkoelingsperiode op te nemen waarbinnen het verzoek van de derde bij de rechter-commissaris tot beëindiging van de verbruik- en vervreemdingsbevoegdheid van de bewindvoerder moet worden ingediend.



9. In de artikelen 63a, vierde lid, en 241a, vierde lid, is bepaald dat indien een derde terzake van zijn bevoegdheid een redelijke termijn aan de curator onderscheidenlijk bewindvoerder stelt, deze termijn wordt geschorst tijdens de afkoelingsperiode.

Ten opzichte van het huidige derde lid is onder meer gewijzigd dat de bepaling alleen ziet op derden en niet langer ook op de curator onderscheidenlijk bewindvoerder. Wanneer hij de omvang van de boedel heeft vastgesteld, kan hij aan derden een termijn stellen, maar de door deze derden gestelde termijn wordt van rechtswege geschorst omdat de afkoelingsperiode nog niet is afgelopen. De Raad vraagt zich af of dat redelijk is en of het niet veeleer gewenst is dat alsdan ook de schorsing van de door derden gestelde termijnen wordt opgeheven.

9. De afkoelingsperiode is ervoor bedoeld aan de curator enige rust te bieden en om de continuïteit van de door de schuldenaar gedreven onderneming te bevorderen. Het schorsen van de termijn die door de curator aan de derde wordt gesteld is vanuit genoemde doelen van de afkoelingsperiode niet nodig en niet gewenst. De curator zal integendeel juist geholpen zijn als hij niet op alle termijnstellingen van de vele schuldeisers tijdig hoeft te reageren. Het is primair de curator c.q. de bewindvoerder die – door de (betrekkelijke) rust die een afkoelingsperiode met zich mee brengt – in staat moet worden gesteld om alle aanspraken op tot de boedel behorende goederen te inventariseren, en in dat kader is hij niet gebaat bij voortdurende onduidelijkheid door schorsing van door hem aan derden gestelde termijnen die betrekking hebben op bevoegdheden

10. In de artikelen 63e en 241e, eerste lid, is bepaald dat tijdens de afkoelingsperiode de Ontvanger die een beslag heeft gelegd als bedoeld in artikel 22, derde lid, van de Invorderingswet 1990, niet tot uitwinning kan overgaan, tenzij de rechter-commissaris anders beslist.

In de toelichting wordt vermeld dat de huidige regeling van het zogeheten bodembeslag in de afkoelingsperiode niet geheel duidelijk is. Dat moge zo zijn – mogelijkere wijs biedt het onderhavige wetsvoorstel gelegenheid de benodigde duidelijkheid te verschaffen –, maar het laat onverlet dat de vraag of een bijzondere regeling van de positie van de fiscus in dezen dient te worden getroffen, mede zal moeten worden gezien in het licht van het aanhangige wetsvoorstel 22 942<sup>1</sup>, waarin een nieuwe regeling inzake voor het bodem(voor)recht is opgenomen. De beschouwing in de toelichting over het bodem(voor)recht van de Ontvanger zou in zoverre dienen te worden aangevuld.

10. Met betrekking tot de voortgang van wetsvoorstel 22 942 merk ik op dat in het kader van de tweede fase van het MDW-project zal worden gezien of, en zo ja hoe, de voortgang van dat wetsvoorstel kan worden gerealiseerd.

#### 11. Overig

Ingevolge artikel 215, derde lid, kan de rechter alvorens op het verzoekschrift te beslissen de schuldenaar horen. In de toelichting bij dit artikel wordt vermeld dat in bijzondere gevallen de schuldenaar eerst op het moment dat hij wordt gehoord, bedoelde opgave en het ontwerp van een saneringsplan verstrekt. De rechtbank heeft dan het verzoekschrift wel in behandeling genomen, terwijl een ontwerp van een saneringsplan ontbreekt en er derhalve niet voldaan is aan de in artikel 214 gestelde eisen. Het verzoek zou in deze situatie echter niet ontvankelijk zijn. In de toelichting bij artikel 214 wordt aangegeven dat wanneer niet aan de vereisten van dit artikel wordt voldaan, het verzoekschrift niet-ontvankelijk dient te worden verklaard. De Raad beveelt aan de gesignaleerde onduidelijkheid te verhelpen.

11. De Raad wijst op de onduidelijkheid dat de rechtbank die op het surséance-verzoek beslist enerzijds het verzoekschrift niet-ontvankelijk dient te verklaren indien bedoelde opgave en een ontwerp-saneringsplan ontbreken, maar anderzijds de verzoeker kan horen indien de opgave en het ontwerp-saneringsplan ontbreken. De vraag die in de opmerking van de Raad ligt besloten, is hoe de rechtbank iemand kan horen in een procedure als het verzoekschrift niet-ontvankelijk is verklaard. Onder andere deze opmerking heeft ertoe geleid dat de regeling nog eens tegen het licht is gehouden. Dat

<sup>1</sup> Voorstel van wet houdende wijziging van het Burgerlijk Wetboek, de Faillissementswet en enige andere wetten in verband met de bevoorrechtiging van vorderingen, het verbinden van een bijzonder verhaalsrecht aan bepaalde vorderingen en de invoering van de mogelijkheid van een vereenvoudigde afwikkeling van faillissement.

heeft geleid tot wijzigingen waaraan hierboven, onder punt a, laatste alinea, al aandacht is geschonken. De rechtbank kan de voorlopige surséance voorlopig verlenen indien de vereiste gegevens ontbreken. In het gewijzigde wetsvoorstel komt de door de Raad gesignaleerde onduidelijkheid niet langer voor.

*12. Voor redactionele kanttekeningen verwijst het college naar de bij het advies behorende bijlage.*

12. De redactionele kanttekeningen van de Raad zijn verwerkt.

In het aan de Raad voorgelegde wetsvoorstel zijn na voorlegging de artikelen toegevoegd of aangepast: 59, 63a, eerste lid en vijfde lid, laatste zin, 63b, tweede, derde, vierde en zesde lid, 212b, tweede en derde lid, 215, tweede tot en met vijfde lid, 215a tot en met 215f, 241a, eerste en derde lid, 241b, tweede, derde en zesde lid, 294, 294a, en Artikel III. Artikel 63b in het aan de Raad voorgelegde wetsvoorstel is geschrapt.

In de memorie van toelichting zijn de volgende paragrafen toegevoegd of aangepast: 14, 18, tweede tekstblok, 42, 44, 46, 47, 52, 55 (slot), 56 (slot), 57, 59, 64 (slot), 76, 80, 84, 87 tot en met 91, 119, 126 tot en met 133 en 136. Na de paragrafen 52, 83 en 84 zijn paragrafen geschrapt. De nummering is aangebracht na voorlegging aan de Raad van State.

Andere wijzigingen betreffen tekstuele aanpassingen.

*De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.*

*De Vice-President van de Raad van State,  
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Justitie,  
A. H. Korthals

**Bijlage bij het advies van de Raad van State van 4 april 2000, no. W03.99.0563, met redactionele kanttekeningen die de Raad in overweging geeft.**

- De voorgestelde artikelen in leden verdelen op de wijze zoals in de toelichting is aangegeven.
- In artikel 63e, «die niet aan een ander toebehoort» vervangen door: die aan een ander toebehoort.
- Voorts mede gelet op aanwijzing 47 van de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar) de formulering van de artikelen 63e en 241e zoveel mogelijk op elkaar afstemmen.
- In onderdeel K opnemen dat het gaat om het tweede lid van artikel 212b en voorts de voorgestelde wijziging op een correcte wijze aanbrengen in de tekst.
- In artikel 226, tweede lid, gelet op de tekst van artikel 218, vierde lid, onderdeel b, na «zijn schuldeisers» invoegen: voldoende.
- In artikel 228a, tweede lid, «op machtiging» vervangen door: met machtiging.
- In artikel 230, derde lid, daar de verwijzing ook ziet op het eerste lid, «het tweede en derde lid» vervangen door: de voorgaande leden.
- In artikel 241c, tweede en vijfde lid, «curator» vervangen door: bewindvoerder.
- In artikel 268a, daar in het nu voorgestelde artikel 46 de tweede stemming niet meer voorkomt, de verwijzing naar dit artikel laten vervallen.
- In artikel 281h «artikel 212h» vervangen door: artikel 212f.
- De in de toelichting aangegeven wijziging in artikel 292, tweede lid, in het voorstel opnemen.
- Mede gelet op aanwijzing 47 Ar, de formulering in artikel 359 laten aansluiten bij die van artikel 251.
- In artikel 218, vijfde lid, in overeenstemming met artikel 215, ook de bewindvoerders opnemen en tevens laten blijken dat er van een verlenging van de benoeming sprake kan zijn.