



De Minister van Veiligheid en Justitie
Mr. I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Datum
28 januari 2014

Uw kenmerk
438067

Contactpersoon
J.M.A. Timmer

Onderwerp
Advies op het wetsontwerp voor de Wet Continuïteit Ondernemingen I

Geachte heer Opstelten,

Bij brief van 22 oktober 2013, met kenmerk 438067, heeft u de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (hierna: NVvR) om advies gevraagd over het voorontwerp van de Wet Continuïteit Ondernemingen I. Dit advies is voorbereid door de leden van de vereniging en vastgesteld door de Wetenschappelijke Commissie van de NVvR.

Strekking wetsvoorstel

Dit wetsontwerp strekt, blijkens de memorie van toelichting, tot invoering van een regeling in de Faillissementswet (hierna: Fw) op basis waarvan de rechtbank in de aanloop naar een vermoedelijk faillissement of een waarschijnlijke verlening van de surseance van betaling, een beoogd curator dan wel een beoogd bewindvoerder en een beoogd rechter-commissaris kan aanwijzen zonder dat aan de aanwijzing publiciteit wordt gegeven. Het doel hiervan is tweeledig: enerzijds wordt hiermee beoogd een gestructureerde en doelmatige afwikkeling van faillissementen te faciliteren. Anderzijds wordt mogelijk gemaakt om in de gevallen die zich ervoor lenen, 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.

Advisering

De NVvR kan zich in principe vinden in het voorstel om een dergelijke regeling, wanneer sprake is van een vermoedelijk faillissement of vermoedelijke verlening van surseance van betaling, mogelijk te maken. Het wetsontwerp sluit aan op een in de praktijk geuite wens om een dergelijke regeling in te voeren. De wijze waarop in het wetsontwerp vorm wordt

gegeven aan de regeling, roept in een aantal gevallen echter vragen op en geeft de NVvR daarom aanleiding tot het maken van de volgende opmerkingen.

Rechtsmiddelen

Het voorstel behelst een nieuwe afdeling in een nieuwe titel zonder dat uitdrukkelijk is geregeld in algemene zin wanneer rechtsmiddelen kunnen worden ingezet of niet (vergelijk de artikelen 282 en 360 voor de titel II en III). Zo is bij artikel 14a Fw onduidelijk of een rechtsmiddel kan worden aangewend tegen de beslissing van de rechtbank een andere curator dan de beoogd curator te benoemen. Dit kan voor de schuldenaar - en de beoogd curator zelf - van belang zijn, juist vanwege de voorgestelde regeling, in het bijzonder gezien het voorgestelde artikel 365 lid 2 Fw. De NVvR adviseert de minister dit in het wetsvoorstel te verduidelijken.

Transparantie

De NVvR beschouwt het als een ongunstig aspect van de voorgestelde regeling dat deze uitgaat van de medewerking door de rechtbank aan een weinig transparante procedure. Zoals in het geval waarin de pre-pack eindigt met een doorstart of oplossing buiten het faillissement. Er volgt dan een niet-openbaar eindverslag, waarbij de rechtbank optreedt als bewaarder van geheime documenten. In dat geval zullen individuele schuldeisers – indien zij daar op een later moment kennis van nemen - zich verrast en/of benadeeld kunnen voelen en daarom openheid van zaken verlangen.

Verder is de beschikking niet openbaar. Hoe verhoudt zich dit tot artikel 122, tweede volzin, van de Grondwet, waarin is vastgelegd dat rechterlijke uitspraken (zonder uitzondering) in het openbaar worden gedaan? Geldt de niet-openbaarheid ook voor bijvoorbeeld de administratie van de binnenkomst van de zaak op de griffie of de plaatsing van de zaak op de rol? Over een en ander ware ten minste in de memorie van toelichting in te gaan.

Als tijdens de pre-pack een faillissement wordt aangevraagd, dan kan de rechter zich gehouden achten aan de aanvrager (wellicht tot diens verrassing) uit te leggen dat, anders dan deze aanvrager, de rechter al eerder afwist van een dermate moeilijke financiële positie van de schuldenaar dat deze eerder de hulp/bijstand van een beoogd curator wenste (zie immers hetgeen hieronder wordt opgemerkt ter zake artikel 6 Fw). De NVvR is van mening dat een situatie als hiervoor beschreven de betrouwbaarheid en onafhankelijkheid van de rechter kan aantasten, althans de schijn kan doen ontstaan dat de rechter in de betreffende zaak niet betrouwbaar dan wel onafhankelijk is. De NVvR adviseert de minister daarom aan het bovenstaande aandacht te besteden in de memorie van toelichting.

Ter zake van de voorgestelde wijziging van artikel 6 Fw vraagt de NVvR zich af of het de bedoeling van de minister is om het horen van de schuldenaar, beoogd curator en beoogd rechter-commissaris te laten plaatsvinden in aanwezigheid van een derde-aanvrager. De NVvR is van mening dat de geheimzinnigheid niet verder moet strekken dan noodzakelijk is en staat dan ook voor dat in een voorkomend geval ook de derde-aanvrager bij het horen van onder andere de beoogd curator aanwezig is. Ter zake ware een regeling in het wetsvoorstel op te nemen.

De NVvR vraagt zich voorts af of het verslag van de beoogd curator steeds wordt gepubliceerd, als er een later faillissement of surseance volgt van de schuldenaar, ongeacht de inmiddels verstreken periode (vergelijk memorie van toelichting, p. 3). Of is de minister



van mening dat het zinvol is dit te beperken tot een later faillissement c.a. binnen drie jaar na het moment van ontheffing als bedoeld in de leden 1 en 2 van artikel 354 Fw? De NVvR acht van belang dat uit het wetsvoorstel duidelijk blijkt hoe ver de transparantie achteraf kan reiken en adviseert de minister daarom dit te verduidelijken het wetsvoorstel.

Overigens vraagt de NVvR zich af op welke wijze in contracten geanticipeerd gaat worden op de (mogelijkheid tot het aanvragen van een) pre-pack. Zal dat zijn met bijvoorbeeld een verplichting voor de schuldenaar tot bekendmaking en/of een directe opeisbaarheid van bijvoorbeeld een lening? Moeten dergelijke bedingen in het kader van dit wetsvoorstel met nietigheid worden bedreigd? De NVvR adviseert de minister hieraan aandacht te besteden in de toelichting op het wetsvoorstel en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

Onder de huidige Fw is het vaak al lastig om te bepalen wat de curator wel en niet mag als een uitgesproken faillissement nog niet onherroepelijk is. Het uitgangspunt is dat de status quo wordt bewaard. Maar het, vanuit dat uitgangspunt, laten doorlopen van bijvoorbeeld leveranties en werkzaamheden, terwijl duidelijk is dat zekerheid voor betaling ontbreekt, levert vaak onaangename situaties op. Eens te meer geldt dat als een beoogd curator (met rugdekking van de rechterlijke macht) moet zwijgen over wat er allemaal achter de rug van individuele schuldeisers gebeurt. De NVvR adviseert de minister hieraan aandacht te besteden in de memorie van toelichting.

Publicatieplicht

De NVvR is van mening dat uit het wetsvoorstel en de memorie van toelichting niet duidelijk blijkt wat de curator moet doen als hij constateert dat door het bestuur niet is voldaan aan de publicatieplicht. Moet de curator de ondernemer er dan op wijzen daar alsnog snel aan te voldoen? Of acht de minister dat juist niet de aangewezen handelwijze, omdat de mogelijkheid van een persoonlijke aansprakelijkstelling van de bestuurder ingeval van faillissement gunstig kan zijn, in het bijzonder voor de schuldeisers? De NVvR adviseert de minister hierover in de memorie van toelichting duidelijkheid te verschaffen.

Artikelsgewijs

Artikel 363

Ter zake van artikel 363 Fw is de NVvR van mening dat niet duidelijk is of in het kader van het verzoek als bedoeld in het eerste lid van dit artikel wordt verwacht dat al een mogelijk beoogd curator wordt genoemd - mede vanwege de gewenste harmonieuze omgang zoals genoemd op pagina 4 en 19 van de memorie van toelichting - of juist niet. Is het de bedoeling van de minister om dit over te laten aan de nadere te stellen beleidsregels door de rechtbanken? De NVvR adviseert de minister dit te verduidelijken in de memorie van toelichting..

De NVvR vraagt zich voorts af of uit het vijfde lid van artikel 363 Fw dient te worden begrepen dat tegen afwijzing van het verzoek kan worden geappelleerd. Een dergelijke mogelijkheid kan zinvol zijn, gezien de aard van de voorgestelde regeling en de daarmee te bereiken doelstelling van het laten voortbestaan van de onderneming. Indien aanwending van een rechtsmiddel niet door de minister wordt beoogd, adviseert de NVvR dat in het wetsvoorstel uitdrukkelijk te regelen.



De rechtbank die wordt benaderd met een verzoek ex artikel 363 Fw, moet ook de internationale bevoegdheid bekijken, gelet op artikel 3 van Verordening (EG) nr. 1346/2000 inzake Insolventieprocedures (Insol Vo), en eventuele (vermogens)posities in het buitenland bij de uiteindelijke afweging of toewijzing zinvol is, betrekken. Hieraan is geen aandacht besteed in de memorie van toelichting. De NVvR adviseert de minister dit alsnog te doen.

In de memorie van toelichting wordt op pagina 16 en 17 het nodige opgemerkt over hetgeen de advocaat van verzoeker aan verzoeker zou moeten voorhouden. De NVvR verzoekt de minister de strekking hiervan te verduidelijken, nu het wetsvoorstel niet beoogt de verhouding tussen advocaat en verzoeker te regelen. Dat de advocaat zijn cliënt/verzoeker voorhoudt wat de betekenis is (en mogelijke effecten zijn) van het verzoek lijkt evident, maar vervult geen rol in het kader van de aanwijzing van de beoogd curator en diens functioneren.

Artikel 364

Ten aanzien van de ontheffing van de beoogd curator uit zijn taak (artikel 364, eerste lid, Fw) vraagt de NVvR zich af of hiertegen met een rechtsmiddel kan worden opgekomen en zo ja door wie? Is het de bedoeling van de wetgever dit dan alleen mogelijk te maken voor de schuldenaar of ook voor de beoogd curator zelf? De NVvR adviseert de minister hierover duidelijkheid te verschaffen in het wetsvoorstel.

Ter zake van voorgestelde artikel 364, tweede lid, Fw is de NVvR van mening dat hierin een onjuiste verwijzing is opgenomen, namelijk naar de termijn in art 365 lid 3. Daarin is echter geen termijn genoemd, maar alleen de informatieplicht van de schuldenaar. De NVvR is van mening dat artikel 364 lid 2 Fw dient te verwijzen naar artikel 363 Fw, nu is bedoeld aan te sluiten bij de termijn van artikel 363 lid 3 Fw. Het wetsvoorstel ware op dit punt te verbeteren.

Artikel 365

De binding van de (opvolgend) curator aan eerder door de beoogd curator gegeven verklaringen als bedoeld in artikel 365, tweede lid, FW wordt op verschillende, niet overeenstemmende wijzen toegelicht in de memorie van toelichting. De tekst op pagina 22 ('in beginsel bindend') stemt niet overeen met de tekst op pagina 27, waar staat vermeld dat de curator vrij is af te wijken als hem onvoldoende informatie is verschaft. Verder merkt de NVvR op dat het advies van de rechter-commissaris, op grond van artikel 367, tweede lid, Fw, weinig betekenis lijkt te hebben, bijvoorbeeld indien dit afwijkt van het oordeel van de beoogd curator. Onduidelijk is of de opvolgende curator, niet zijnde dezelfde persoon als de beoogd curator, ook gebonden is aan de genoemde verklaringen, juist indien bijvoorbeeld de rechtbank hem heeft benoemd in plaats van de beoogd curator, en wel vanwege 'gewichtige redenen' die samenhangen met verklaringen als door artikel 365, tweede lid, Fw bestreken. Als de rechtbank vindt dat die verklaringen niet kloppen en daarom de beoogd curator niet tot curator benoemt, lijkt binding van diens opvolger aan dezelfde verklaringen niet meteen voor de hand te liggen. Het lijkt verder erg omslachtig indien de opvolgende curator als het ware afhankelijk is van acties van crediteuren, zoals vermeld in de memorie van toelichting op pagina 22 onderaan, alvorens zich te kunnen onttrekken aan volgens hem (en mogelijk dus ook volgens de rechtbank) onjuiste eerdere uitlatingen van de toenmalige beoogd curator. De opvolgende rechter-commissaris is in ieder geval niet gebonden aan de



verklaringen (tenzij wellicht in gelijke zin geadviseerd door de beoogd rechter-commissaris?) van de beoogd curator en derhalve toch niet gehouden om toestemming te verlenen (waar nodig, zoals bij een activatransactie meteen na faillietverklaring) voor handelingen waartoe de beoogd curator zich heeft gebonden. Gelet op hierop voorgaande vraagt de NVvR zich af of de kredietverstrekker, zoals genoemd op pagina 24 van de memorie van toelichting, wel in alle gevallen zo gerust kan zijn als wordt gesteld in de toelichting. Overigens verdient het volgens de NVvR aanbeveling om er in de toelichting op pagina 22 al op te wijzen dat de verklaring van de curator niet geldt als hij niet volledig blijkt te zijn geïnformeerd. De NVvR adviseert de minister aan het voorgaande in de memorie van toelichting aandacht te besteden.

Ter zake van de mogelijkheid dat de beoogd curator desgevraagd verklaart niet voornemens te zijn om bepaalde rechtshandelingen als paulianeus te zullen vernietigen, is de NVvR van mening dat dit onverlet laat dat de rechtshandelingen wel paulianeus kunnen zijn en dat individuele schuldeisers daar buiten faillissement een beroep op kunnen doen, dan wel lopende het faillissement een verzoek krachtens artikel 69 Fw kunnen doen als beschreven op pagina 22 onderaan – pagina 23 bovenaan van de memorie van toelichting. De memorie van toelichting ware op dit punt aan te vullen .

Artikel 366

Ten aanzien van de kosten van de beoogd curator bepaalt artikel 366, derde lid, dat na faillietverklaring het salaris c.a. als algemene boedelkosten in de zin van artikel 182 Fw wordt voldaan. Dit betekent dat in geval van een (ernstig) negatieve boedel de beoogd curator en de curator - die niet dezelfde persoon hoeven te zijn, zie immers hierboven - pons ponsgewijs hun kosten voldaan zullen zien, nu van enige voorrangregeling tussen beiden niet blijkt. Is dit inderdaad beoogd of is bedoeld dat de beoogd curator dan voorgeat? Hierover ware in de memorie van toelichting duidelijkheid te verschaffen.

Namens de Nederlandse Vereniging voor rechtspraak,
De Wetenschappelijke Commissie

M.E. de Meljer
voorzitter

