

Vergaderjaar 2004–2005

**27 244**

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

**C**

### **NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG**

Ontvangen 2 november 2004

Met belangstelling heb ik kennisgenomen van het verslag van de Vaste Commissie voor Justitie uit de Eerste Kamer.

Het is verheugend dat de leden van de CDA-fractie met instemming van het wetsvoorstel hebben kennisgenomen. Het wetsvoorstel, bedoeld voor de snelle regeling van enige niet controversiële onderwerpen die geen nader onderzoek vergen, is in de loop van de behandeling door de Tweede Kamer ontdaan van elementen die meer controversieel bleken dan aanvankelijk gedacht. Het is verheugend dat de leden van de CDA-fractie het ecarteren van deze onderdelen zodanig is geslaagd dat thans (vrijwel) niets controversieels is overgebleven. Met deze leden ben ik het eens dat de over die onderdelen gedurende de behandeling ontwikkelde beschouwingen in elk geval een nuttige verkenning hebben opgeleverd van relevante facetten die aan de desbetreffende kwesties verbonden blijken te zijn.

Deze leden zagen thans met belangstelling uit naar het advies van de Commissie Insolventierecht, alsmede naar de resultaten van het onderzoek rondom de al dan niet handhaving van het bodembeslag van de fiscus. Van eerstbedoeld advies verwacht ik inmiddels dat dit niet nog dit jaar beschikbaar zal komen, doch op zijn vroegst in het komend voorjaar.

Naar aanleiding van mijn mededeling tijdens het wetgevingsoverleg van 19 april 2004 over het wetsvoorstel dat «de afgelopen tijd de faillissementskamers wel erg veel tijd nodig hebben gehad voor de schuldsaneringszaken, waardoor over het algemeen minder aandacht kon worden besteed aan de werkelijke faillissementszaken» vroegen de leden van de CDA-fractie aandacht voor het artikel «Haal de WSNP weg bij de rechtbank» van mr. C.J.G.M. van der Weide (Tijdschrift voor Insolventierecht, jaargang 10, nr. 4). Zoals bekend zal omstreeks deze tijd een wetsvoorstel worden ingediend teneinde op korte termijn wijzigingen aan te brengen in de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, onder meer om de door de WSNP veroorzaakte druk op de gerechten te verminderen. Dat wetsvoorstel laat onverlet dat in het kader van de herziening van het insolventierecht ruimte is voor overweging van

verdergaande maatregelen ook met betrekking tot de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen. In dat verband zal zeker aandacht worden besteed aan de vraag of, en zo ja in hoeverre, thans aan de rechterlijke macht toegedeelde taken beter elders kunnen worden gelegd. Behalve aan schuldsaneringszaken kan in dit verband ook worden gedacht aan het toezicht door de rechter-commissaris. Overigens bevat ook het thans aan de orde zijnde wetsvoorstel reeds enkele procedurele vereenvoudigingen van de schuldsaneringsregeling.

Op de vragen van de leden van de CDA-fractie over de regeling in de voorgestelde artikelen 37b en 237b Faillissementswet (Fw) betreffende de aflevering van gas, water, elektriciteit en verwarming, benodigd voor de eerste levensbehoefte of voor de voortzetting van de door de schuldenaar gedreven onderneming, ga ik als volgt in. Het begrip «onderneming» zal in de meeste gevallen geen aanleiding geven tot twijfel. Voor een restrictieve dan wel juist extensieve interpretatie zie ik geen reden. Bij rechtspersonen als naamloze en besloten vennootschappen spreekt het ondernemingskarakter vanzelf. Non-profit organisaties die ondergebracht zijn in een stichting of vereniging zullen veelal geen onderneming voeren. Niet uitgesloten is evenwel dat de activiteiten van een stichting of vereniging toch beschouwd moeten worden als een onderneming, waarvoor aanwijzingen kunnen worden gevonden in de heffing van vennootschapsbelasting of een inschrijving in het handelsregister. Geen grond voor ontbinding levert volgens de voorgestelde artikelen 37b en 237b Fw op een tekortkoming door de schuldenaar in de nakoming van een voor de faillietverklaring of surseance ontstane verbintenis tot betaling van een geldsom. Fraude met de elektriciteitsmeter of gasmeter zal in veel gevallen tot gevolg hebben dat de schuldenaar tekortschiet in zijn financiële verplichtingen. Maar bovendien vormt zij een zelfstandige schending van de plicht om zich bij de uitvoering van de overeenkomst te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid (en waarschijnlijk ook van specifieke contractsbepalingen betreffende het gebruik van de meter). Het spreekt daarom vanzelf dat een dergelijk bedrog wél voldoende grond kan opleveren voor een ontbinding van de overeenkomst en staking van verdere leveranties.

Deze leden vroegen in verband met het voorgestelde artikel 63a Fw of de terugwerkende kracht van de afkoelingsperiode die tegelijkertijd wordt afgekondigd met de faillietverklaring («die dag daaronder begrepen»), door de rechter-commissaris ook kan worden verbonden aan een latere afkondiging van de afkoelingsperiode. Deze vraag beantwoord ik ontkennend. De voorgestelde terugwerkende kracht houdt immers verband met de in artikel 23 Fw geregelde terugwerkende kracht van de faillietverklaring (zie blz. 14 van de memorie van toelichting, Kamerstukken II 1999–2000, 27 244, nr. 3).

Tenslotte vroegen deze leden naar aanleiding van de discussie over het laatste lid van het voorgestelde artikel 63b Fw in welk materieel opzicht het belang van pandhouder en/of schuldenaar is gediend met de bepaling dat de in ontvangst genomen betalingen gestort moeten worden bij de bewaarder. Het voorgestelde artikel 63b Fw houdt op zichzelf een nuttige verheldering in van de positie van de stille pandhouder in de afkoelingsperiode. De bepaling stelt buiten twijfel dat de afkoelingsperiode voor de stille pandhouder niet leidt tot (tijdelijk) verlies van zijn bevoegdheid om mededeling van zijn pandrecht te doen aan de schuldenaren van de verpande vorderingen. Zonder zodanige mededeling zou de stille pandhouder blootstaan aan het risico dat die schuldenaren de vorderingen voldoen aan de curator, met als gevolg dat de pandhouder zijn pandrecht verliest, hetgeen zich niet goed verdraagt met de strekking van de afkoelingsperiode. Gaat de stille pandhouder na mededeling van zijn

pandrecht over tot inning van een verpande vordering, dan komt het pandrecht te rusten op het geïnde (artikel 3:246 lid 5 BW). Het wetsvoorstel is erop gericht het zojuist genoemde risico voor de stille pandhouder tegen te gaan, maar beoogt niet om de stille pandhouder in een betere positie te brengen dan andere beperkt gerechtigden (hypotheekhouders, gewone pandhouders). Om die reden wordt aan de stille pandhouder niet het recht toegekend om zich, in afwijking van artikel 63a lid 1 Fw, op het geïnde te verhalen. Nu de afkoelingsperiode er mede toe strekt om de curator zo goed mogelijk in staat te stellen de boedel te inventariseren, hetgeen van belang is zowel voor de gezamenlijke schuldeisers als voor de schuldenaar, is voorgesteld dat de geïnde gelden gedurende de afkoelingsperiode bij een bewaarder worden gestort. De in de Tweede Kamer gevoerde discussie betrof niet zozeer de vraag of de voorgestelde regeling goed aansluit bij de afkoelingsperiode, maar veeleer de vraag of een andere regeling de voorkeur zou verdienen. Aan de orde is gesteld of de stille pandhouder niet alleen de bevoegdheid moet hebben in de afkoelingsperiode mededeling te doen van zijn pandrecht en de verpande vorderingen te innen, maar ook om zich op het geïnde te verhalen. Zulks zou de financiering van de voortzetting van de onderneming ten goede moeten komen, doch niet duidelijk is geworden op welke wijze. Daarentegen is door de Nederlandse Orde van Advocaten juist gepleit voor de mogelijkheid dat de curator stil verpande vorderingen incasseert, teneinde de opbrengst voor de voorlopige voortzetting van de onderneming te benutten. Van deze mogelijkheid is in elk geval duidelijk dat zij ten koste gaat van de stille pandhouder. Een keuze voor een van beide – tegengestelde – mogelijkheden, die een duidelijke afwijking zou inhouden van de afkoelingsperiode zoals thans geregeld, gaat het kader van dit wetsvoorstel te buiten. Wel is vastgesteld dat het de pandhouder en de curator vrijstaat op dit punt afspraken te maken. Tevens is door mij aangekondigd dat op de kwestie zal worden teruggekomen in het kader van de herziening van het insolventierecht.

Het is verheugend dat het wetsvoorstel naar het oordeel van de leden van de VVD-fractie geen controversiële elementen meer bevat. Deze leden vroegen waarom ik, ondanks de aanstaande algehele herziening van de Faillissementswet, van mening ben dat verdere behandeling van dit wetsvoorstel gewenst is. Dienaangaande wijs ik erop dat het wetsvoorstel nog steeds een aantal nuttige voorstellen bevat, waarvan het niet zinvol is de invoering uit te stellen in verband met de algehele herziening van de Faillissementswet. Zo is bijvoorbeeld van belang dat met het wetsvoorstel de totstandkoming van een akkoord in een aantal opzichten wordt vergemakkelijkt. Verder wordt geregeld dat nutsleveranciers met het oog op het belang van voortzetting van de onderneming kunnen worden genoopt tot doorlevering, uiteraard tegen betaling voor hun dienstverlening. Een aantal wijzigingen betreft de afkoelingsperiode. Zo kan de afkoelingsperiode voor een langere periode komen te gelden, hetgeen tegemoetkomt aan een wens vanuit de rechterlijke macht en de advocatuur. Ook zijn de gevolgen van de afkoelingsperiode voor een eventueel bodembeslag van de fiscus nader geregeld. Verplichte publicaties in nieuwsbladen worden geschrapt, waardoor aanzienlijke kosten voor de boedel en voor de Staat worden bespaard. Het wetsvoorstel bevat een wettelijke basis voor het Centraal Insolventieregister, dat voor de griffies een flinke verlichting zal meebrengen van de belasting door informatieverzoeken. Tenslotte bevat het wetsvoorstel enige onomstreden vereenvoudigingen voor de afwikkeling van schuldsaneringen.

Met het terugnemen van belangrijke onderdelen van het wetsvoorstel wordt uiteraard de daarmee beoogde verhoging van de effectiviteit van surseance van betaling en faillissement niet of slechts ten dele gereali-

seerd. Daarbij tekenen de leden van de VVD-fractie overigens terecht aan dat de Commissie insolventierecht de kans gering acht dat de aanvankelijk voorgestelde doch teruggenomen wijzigingen in de surseance van betaling het gewenste effect zouden hebben. In elk geval zou ik menen dat een beoordeling van de mate waarin de aanvankelijk beoogde verhoging van effectiviteit van surseance en faillissement, niet erg zinvol meer is. De overgebleven – niet controversiële – voorstellen kunnen beter op hun eigen merites worden beoordeeld.

Bij de beoordeling van voorstellen tot wijziging van de Faillissementswet zullen kwantitatieve gegevens met betrekking tot surseances en faillissementen van belang kunnen zijn. Naar aanleiding van het verzoek van de leden van de VVD-fractie om kwantitatieve registratie van surseances te bevorderen heb ik het belang daarvan onder de aandacht gebracht van mijn ambtgenoot van Economische Zaken, verantwoordelijk voor het Centraal Bureau voor Statistiek.

Vervolgens vroegen deze leden wat in mijn visie de belangrijkste doelstelling van de hernieuwde Faillissementswet zal dienen te zijn. Vooruitlopend op de bevindingen van de Commissie insolventierecht, die mij mede over dit onderwerp nader zal adviseren, kan ik daarover het volgende opmerken. In de eerste plaats: voorop staan de belangen van schuldeisers, die hun vorderingen op een schuldenaar in betalingsproblemen zoveel mogelijk voldaan willen zien. De individuele verhaalsrechten van de schuldeisers op het vermogen van hun schuldenaar worden immers met het faillissement opzijgezet voor een collectieve behandeling van «de boedel». Ondernemersrisico's moeten niet worden afgewenteld op anderen die aan het economisch verkeer deelnemen. Insolventiewetgeving moet daarom robuust zijn. Zonodig moet tegen misbruik kunnen worden opgetreden. Tegelijkertijd moet gewaakt worden tegen een te sterke stigmatisering van de failliete ondernemer. Erkenning verdient dat aan het uitoefenen van beroep en bedrijf altijd risico's zijn verbonden. Ondernemers moeten bereid zijn die risico's te nemen. Maatschappelijk en economisch is van groot belang dat beëindiging van ondernemingen niet te vroeg plaatsvindt maar ook niet te laat. Tijdigheid is een belangrijke sleutel voor een goede insolventiewet. Het gaat er óók om dat de faillissementswetgeving levensvatbare ondernemingen in staat stelt zich te reorganiseren. Aldus blijven zij bijdragen aan de welvaart, kunnen zij nuttige diensten blijven verrichten en blijft werkgelegenheid behouden. Nodeloze kapitaalvernietiging dient daarbij te worden vermeden. Overigens zal het redden van de onderneming, hetzij in de vorm van een sanering onder het zittende management, hetzij in de vorm van een overdracht van de levensvatbare delen van de onderneming vanuit de boedel, in het algemeen ook in het belang zijn van de schuldeisers. Dat rekening mag worden gehouden met andere belangen, zoals de belangen van de schuldenaar of belangen van maatschappelijke aard, zoals werkgelegenheid en milieu, wordt ook in de jurisprudentie van de Hoge Raad erkend. Algemene belangen kunnen onder omstandigheden prevaleren boven het belang van een individuele schuldeiser. Het kan echter niet zover gaan dat deze algemene belangen ook vóórgaan boven het belang van de *gezamenlijke* schuldeisers. Dat zou immers de doelmatigheid van de insolventiewetgeving ondergraven en daarmee op termijn ook de andere doelstellingen. Terecht wijzen de leden van de VVD-fractie erop dat om recht te doen aan de in het voorgaande geschetste doelstellingen, een evenwicht nodig is. Het zwaartepunt daarvan ligt als gezegd in de belangen van de *gezamenlijke* schuldeisers. Het precieze gewicht dat daartegenover toekomt aan de andere doelstellingen, zoals dat van behoud van werkgelegenheid, zal moeten worden bepaald in de concrete uitwerking waarover de Commissie insolventierecht mij zal adviseren.

De leden van de VVD-fractie stelden vervolgens aan de orde dat faillissementen worden gebruikt als een middel om van overtollig personeel af te komen. Zij verbonden daaraan de vraag of ik van zins ben te bevorderen dat de regelingen omtrent ontslag, arbeidsduurverkorting en toepasbaarheid van CAO-regelingen versoepeld worden, zodat het insolventierecht daarvoor niet meer gebruikt hoeft te worden. Vooropgesteld zij dat het huidige recht naar mijn oordeel aan ondernemingen die door bedrijfseconomische omstandigheden genoodzaakt zijn personeel te doen afvloeien, daartoe natuurlijk de nodige mogelijkheden biedt. Voorts wijs ik op de wijzigingen die bij wet van 18 april 2002 (Stb. 215) zijn aangebracht in de Faillissementswet ter bescherming van werknemers tegen misbruik van de mogelijkheid tot opzegging van arbeidsovereenkomsten in faillissement.

Deze leden vroegen wat zal worden ondernomen om de stigmatiserende werking van in wezen goede ondernemers door een faillissement te verminderen. Zij wezen er in dit verband op dat ondernemers die na een faillissement een herstart maken, vaak succesvoller zijn dan andere ondernemers. Ik onderken dat de stigmatiserende werking van faillissement een hardnekkig en negatief verschijnsel is. Ook in het eindrapport van de MDW-werkgroep modernisering faillissementsrecht tweede fase is daaraan de nodige aandacht besteed. Terecht wordt er in dat rapport op gewezen dat het moeilijk te zeggen is in hoeverre het effect van stigmatisering door ingrijpen van buitenaf te veranderen is. Reeds bij de invoering van de huidige Faillissementswet in 1894 was een belangrijke doelstelling het terugdringen van de stigmatiserende werking van faillissement. Evenals toen zal ook thans naar mijn oordeel de beste waarborg tegen een onterecht stigma gevonden moeten worden in een goed werkende insolventiewetgeving. Als het reorganiserend vermogen van ondernemingen daarmee beter tot zijn recht kan komen, zal dat bijdragen aan het besef dat een faillissement niet steeds een onherroepelijke veroordeling van de ondernemer inhoudt. Daaraan kan ook worden bijgedragen wanneer ondernemers hun problemen eerder onder ogen zien en niet te lang doormodderen wanneer ingrijpen geboden is. In het MDW-rapport is in dit verband een algemene meldingsplicht, bijvoorbeeld in de vorm van het deponeren van een verklaring bij het handelsregister, in overweging gegeven. Binnen de Commissie insolventierecht bestaat over de wenselijkheid daarvan twijfel en wordt eerder gedacht aan vastlegging in de wet van de in de rechtspraak ontwikkelde aansprakelijkheid van een bestuurder van een vennootschap voor door hem voor de vennootschap aangegane verplichtingen waarvan hij wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap daaraan niet of niet binnen een redelijke termijn zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden (Hoge Raad 6 oktober 1989, NJ 1990, 286, Beklamel). Voorts kan ook een doeltreffender aanpak van faillissementsfraude bijdragen aan de vermindering van het algemene stigma. Indien het vertrouwen toeneemt dat fraudeurs worden herkend en bestraft, zal de failliet te goeder trouw met minder wantrouwen worden bejegend.

Het aan de Tweede Kamer toegezegde actieplan faillissementsfraude is onlangs aan de Tweede Kamer gezonden (Kamerstukken II 2003/04, 27 244, nr. 22).

De leden van de VVD-fractie vroegen vervolgens of ik het met hen eens ben dat het recht van bodembeslag van de fiscus en het UWV niet meer van deze tijd is. Ten aanzien van die vraag, evenals de daarmee verband houdende vragen naar het macro-economische belang van het bodemrecht en fiscaal voorrecht en het onderzoek van het Centraal Planbureau, wil ik evenwel niet vooruitlopen op het kabinetsstandpunt dat zal worden bepaald. Het kabinet is van mening dat nog geen afgerond oordeel kan

worden gegeven over het effect van een wijziging van het bodemrecht en fiscaal voorrecht voor onze economie en voor de overheidsfinanciën. Het kabinet heeft er daarom behoefte aan de beschikbare informatie te verbreden met ervaringen uit een aantal andere landen, waaronder landen die in de afgelopen jaren vergelijkbare maatregelen hebben getroffen (Engeland, Duitsland, Oostenrijk). Inmiddels wordt uitvoering gegeven aan een internationaal onderzoek, dat naar verwachting nog dit jaar zal worden afgerond.

Tenslotte vroegen de leden van de VVD-fractie aandacht voor de juridische en de economische dimensie van insolventies. Met laatstbedoelde dimensie doelen deze leden bijvoorbeeld op efficiëntere procedures, minder boedelkosten, meer kansen op succesvolle reorganisatie van in wezen levensvatbare bedrijven. Ik erken ten volle dat aandacht voor deze aspecten van groot belang is. Dat zij evenwel werkelijk een tegenstelling vormen met een juridische dimensie, is mij niet zonder meer duidelijk. Ook het huidige insolventierecht is opgezet vanuit de gedachte dat procedures zo efficiënt mogelijk moeten zijn en dat nodeloze liquidatie van ondernemingen voorkomen moet worden. Dat herziening van de wetgeving wenselijk is gebleken, houdt niet zozeer verband met een ander zicht op het belang van economische factoren in het insolventierecht, maar veeleer met het feit dat aan de uitwerking daarvan in deze tijd andere eisen worden gesteld dan voorheen. Het belang van voldoende financieel-economische kennis bij curatoren en rechters-commissarissen wordt tegenwoordig terecht breed onderkend. Waar nodig, kan dat meebrengen dat ook anderen dan advocaten professioneel bij insolventie worden betrokken, iets waaraan de huidige wet overigens geenszins in de weg staat.

De Minister van Justitie,  
J. P. H. Donner