

PAS OP: INSOLVENTIEWETGEVING IN AANBOUW!

Prof. mr B. Wessels *

1. Actueel wetgevingsbeleid faillissementsrecht

In een recente brief van de Minister van Justitie dd. 23 februari 2001, heeft de Minister het privaatrechtelijke wetgevingsprogramma voor ‘..... de komende periode’ ontvouwd (Kamerstukken Tweede Kamer, vergaderjaar 2000-2001, 27 400 VI, nr. 54). In zijn brief geeft de Minister aan dat het faillissementsrecht ‘..... te lang niet (is) aangepast aan nieuwe ontwikkelingen op economisch en financieel terrein en aan andere opvattingen over het evenwicht tussen schuldeisers en schuldenaren. Oorzaak daarvan is naar mijn indruk al te ambitieuze voorstellen tot fundamentele herziening van het faillissementsrecht.’ Het is zijn beleid om wetsvoorstellen met een beperkte strekking in te dienen, zulks ingegeven door de wens ‘...om snel op een aantal erkende knelpunten resultaat te boeken.’ Één van die wetsvoorstellen is het Wetsontwerp 27 244, houdende de wijziging van de Faillissementswet in verband met het bevorderen van de effectiviteit van surseance van betaling en faillissement. Het wetsvoorstel is in juli 2000 gepubliceerd en het overwegend kritisch ontvangen.¹ Ik ga er thans verder niet op in.

Enkele wetgevingsdossiers, die hierna worden vermeld, worden door de minister in dit beleidsprogramma geplaatst. Buiten het kader van de brief zijn er diverse andere ontwikkelingen te signaleren die onlangs tot wijziging van wet- en regelgeving hebben geleid dan wel daartoe op (relatief korte) termijn zullen leiden. Op het hierna beschreven palet heb ik de bewegingen in wet- en regelgeving op het terrein van het insolventierecht bijeen gebracht, enkel en alleen met het doel de practicus een handreiking te bieden in zijn behoefte overzicht te houden.

2. Schuldsanering natuurlijke personen

¹ Zie Verdaas, NJB 2000, p. 1697 e.v.; Van Hees, TvI 2000/5, p. 153 e.v. Van Walderveen, V&O 2000, p. 143 e.v.; Wessels, NbBW 2000, p. 134 e.v.; Wessels, Ned. Strct. 11 januari 2001, p. 6; Faber en Nowak, NJB 2001, p. 76 e.v.

De wettelijke regeling van de schuldsanering dateert van 1 december 1998. Per 1 januari 2001 is vervallen het tijdelijk subsidiebesluit bewindvoerder schuldsanering (Stb. 1998, 590). Het is vervangen door het ‘Besluit subsidie bewindvoerder schuldsanering’ (Stb. 2001, 80). Het besluit verhoogt de vergoeding voor de bewindvoerder in de schuldsanering. Er is een differentiatie aangebracht tussen sanering van schulden van particulieren (f 1690, =) en sanering van ondernemingen (schulden die in belangrijke mate voortvloeien uit beroeps- of bedrijfsmatige werkzaamheden; f 3740,=), zie art. 4 Besluit. Het Besluit kent terugwerkende kracht tot en met 1 december 2000 (art. 9 lid 1 Besluit). Van de aan de Raad voor de Rechtsbijstand toegekende bevoegdheid voorschotten van ten hoogste 60% van de subsidie in verband met de sanering van schulden van particulieren te geven heeft hij gebruik gemaakt bij zijn ‘Besluit aanvullend beleid bewindvoedersubsidie’.²

Met ingang van 20 februari 2001 is verder het Besluit salaris bewindvoerder (Stb. 1998, 477) vervangen door het nieuwe ‘Besluit salaris bewindvoerder schuldsanering’ (Stb. 2001, 81). Het besluit geeft uitvoering aan de in art. 320 lid 6 Fw bedoelde a.m.v.b. Het salaris wordt jaarlijks geïndexeerd, zulks met een terugwerkende kracht tot 1 juli 2000. In het ‘Aanpassingsbesluit 2000 salaris bewindvoerder schuldsanering’ zijn de salarisbedragen verhoogd naar f 52,= per maand dan wel f 62,= per maand (in het laatste geval: indien de schuldsanering wordt uitgesproken ten aanzien van personen ten aanzien van wie een algehele gemeenschap van goederen geldt).³

Het hiervoor vermelde wetsvoorstel 27 244 beoogt een centraal landelijk register voor publikatie van faillissementen en surseances te introduceren. Het zal ook de registratie van schuldsaneringen gaan bevatten (art. 294a voorstel). Daarnaast wordt in art. 359a (voorstel-27 244) een omissie hersteld: de art. 203-205 Fw (bepalingen van internationaal recht) worden van overeenkomstige toepassing verklaard op de schuldsanering.

Het wachten is op de evaluatie van de wettelijke regeling. In de Kamer wordt over de werking van (het voortraject tot) de schuldsanering van tijd tot tijd gedebatteerd, zie het verslag van een algemeen overleg over ‘Preventie en bestrijding van stille armoede en sociale uitsluiting’ (Tweede Kamer, vergaderjaar 2000-2001, 24 515, nr. 57).

3. Tweede Fase Modernisering Faillissementswetgeving

² Besluit van 5 maart 2001, Ned. Stcrt. 12 maart 2001, nr. 50.

³ Ned. Stcrt. 14 maart 2001, nr. 52).

Zoals bekend betreft wetsvoorstel 27 244 aan aantal voorstellen in de eerste fase van een modernisering van de Faillissementswet. Ten aanzien van onderwerpen die meer debat vergen of nadere onderzocht dienen te worden is een tweede fase in de ontwikkeling van voorstellen ingesteld. De daartoe in het leven geroepen MDW-Werkgroep Modernisering Faillissementswet (tweede fase), onder voorzitterschap van prof. mr M.J.G.C. Raaijmakers, heeft haar ‘voorlopige gedachten’ neergelegd in een Discussiememorandum ‘Nadere herziening van het Nederlandse insolventierecht’. Het is beschikbaar via <www.mdw.ez.nl>. Ten aanzien van de eerste fase, afgerond met genoemd wetsvoorstel 27 244, heeft de vaste commissie voor Justitie van de Tweede Kamer haar verslag op 20 november 2000 vastgesteld (Kamerstukken Tweede Kamer, vergaderjaar 2000-2001, 27 244, nr. 4). In de aangehaalde brief van 23 februari 2001 merkt de Minister van Justitie op: ‘Bij de voorbereiding van de nota naar aanleiding van het verslag ben ik van plan nog eens heel zorgvuldig te overleggen met de verschillende groeperingen en deskundigen die op het wetsvoorstel hebben gereageerd.’ Het lijkt erop dat de weg naar de ijskast vrij kort is.

4. Bevoorrechting van vorderingen (22 942)

In november 1992 is een wetsvoorstel⁴ ingediend dat een tweetal onderwerpen wil regelen:

- a. wijzigingen in het bijzonder in BW, Fw en Invorderingswet in verband met bevoorrechting van vorderingen (preferenties) en de introductie van bijzondere verhaalsrecht aan bepaalde vorderingen, en
- b. wijzigingen in het bijzonder in de Fw in verband met de invoering van de mogelijkheid van een vereenvoudigde afwikkeling van faillissement.

De behandeling van dit wetsvoorstel ligt sedert 1994 stil. In zijn aangehaalde brief noemt de Minister dit wetsvoorstel ‘een voorbeeld van zo’n ambitieus voorstel....., vooral omdat de consequenties van de vervanging van het bodemrecht door een bijzonder verhaalsrecht door de fiscus moeilijk zijn in te schatten’. Omdat het resultaat van deze aanpak is dat minder omstreden voorstellen ook blijven liggen is het onderwerp van de vereenvoudigde afwikkeling van faillissementen in een afzonderlijk wetsvoorstel neergelegd (wetsvoorstel 27 199). Wat er met het bekritiseerde bodemrecht gebeurt is momenteel een raadsel. Het zou vóór 1 januari 1993 definitief geregeld moeten zijn. Fesevur meent dat het er de schijn van heeft dat de kwestie van het bodemrecht via een zijspoor op een dood spoor dreigt te belanden en vangt zijn artikel niet zachtzinnig aan met: ‘Kan een ministerie te kwader trouw zijn?’⁵

⁴ Tweede Kamer, vergaderjaar 1992-1993, 22 942.

⁵ Fesevur, NTBR 2001/3, p. 115.

5. Vereenvoudigde afwikkeling van faillissementen (27 199)

Het Wetsvoorstel Wijziging van de Fw in verband met de invoering van de mogelijkheid van een vereenvoudigde afwikkeling van faillissementen is op 21 juni 2000 ingediend (Tweede Kamer, vergaderjaar 1999-2000), 27 199). Het voorziet in een nieuwe 'Vijfde Afdeling A', met als opschrift 'Vereenvoudigde afwikkeling van faillissement', met een zevental wetsartikelen (art. 137a-137g). De Tweede Kamer heeft op 3 november 2000 verslag uitgebracht (Kamerstukken 27 199, nr. 4).

Wetsvoorstel 27 199 is in belangrijke mate op het eerdere voorstel-22 942 uit 1992 geënt.⁶ In de MvT wordt aangegeven dat de huidige Faillissementswet (Fw) het uitgangspunt kent dat de curator eerst tot vereffening van de boedel overgaat wanneer de boedel in staat van insolventie is komen te verkeren. Dit stadium wordt bereikt indien op de verificatievergadering niet een akkoord tot stand wordt gebracht (art. 173). Eerst dan worden de baten te gelde gemaakt en volgens een vastgestelde sleutel verdeeld onder de schuldeisers. Op dit stelsel kent de Fw, aldus de MvT, twee uitzonderingen: (a) de opheffing van het faillissement ex art. 16 (in de praktijk genoemd: oneigenlijke opheffing), en (b) de bevoegdheid van de curator goederen te vervreemden die niet dan met nadeel voor de boedel bewaard kunnen blijven (art. 101). De eerste uitzondering is echter in de insolventiepraktijk welhaast regel geworden. In de praktijk bedraagt het aantal (oneigenlijke) opheffingen ruim 90 percent van alle faillissementsbeëindigingen. De vereffening vindt in die gevallen plaats door onderhandse verkoop op basis van het arrest HR 27 augustus 1937, NJ 1938, p. 9 e.v.⁷ Wetsvoorstel 27 199 strekt ertoe de gangbare en wijd verbreide praktijk van de oneigenlijke opheffing nader te regelen en van een uitdrukkelijk daarop toegesneden wettelijke basis te voorzien. Een beperking van werkzaamheden en kosten wordt beoogd door de afwikkeling van het faillissement – behoudens de afwikkeling van vorderingen waaraan een goederenrechtelijk (zekerheids)recht is verbonden – te beperken tot de afwikkeling van vorderingen waaraan voorrang is verbonden, indien aannemelijk is dat het actief van de boedel slechts toereikend is voor de algehele of gedeeltelijke voldoening van deze vorderingen. In de tweede plaats wordt de beoogde vereenvoudiging nagestreefd door de bepaling dat in deze situatie geen verificatievergadering zal worden gehouden. In het wetsvoorstel maakt de curator, na de tegeldemaking van de boedel, een uitdelingslijst op en legt deze ter goedkeuring voor aan de rechter-commissaris. Na de goedkeuring door de

⁶ Ik ben er summier op ingegaan in Polak-Wessels I, par. 1482 e.v.

⁷ Zie Polak-Wessels I, par. 1056 e.v.

rechter-commissaris wordt de uitdelingslijst bij de griffie gedeponereerd, waarna gedurende tien dagen verzet tegen de uitdelingslijst kan worden gedaan. Na afloop van de termijn van tien dagen of, als verzet is gedaan, nadat de beschikking op het verzet in kracht van gewijsde is gegaan, doet de curator de vastgestelde uitkering. Indien zich tijdens de afwikkeling van het faillissement feiten of omstandigheden voordoen die ertoe leiden dat alsnog baten ter beschikking komen waarmee ook concurrente vorderingen geheel of gedeeltelijk kunnen worden voldaan, zal alsnog op de gewone wijze verificatie en verdere afhandeling van de vorderingen plaatsvinden. De toepassing van de regeling voor vereenvoudigde afwikkeling (art. 137a-137g nieuw) wordt niet aan de rechtbank (zoals thans bij art. 16) opgedragen, maar is in wetsvoorstel 27 199 in handen gelegd van de rechter-commissaris.⁸ Deze krijgt daardoor een taak die buiten zijn traditionele taak (toezicht houden op het beheer en de vereffening van de boedel) valt.

6. Bepalingen tegen misbruik van faillissementsprocedures (27 469)

Op 26 oktober 2000 is ingediend het wetsvoorstel dat uitvoering geeft aan de Richtlijn 98/50/EG van de Raad van de Europese Unie van 29 juni 1998 tot wijziging van de 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 ondernemingen of vestigingen. Het verslag van de Tweede Kamer dateert van 18 december 2000 (Kamerstukken 27 469, nr. 4).⁹

De wijziging beoogt onder meer enkele begrippen ('overgang', 'werknemer') te verduidelijken. Daarnaast bepaalt art. 5 lid 1 Richtlijn expliciet dat, tenzij de lidstaten anders bepalen, bepaalde artikelen niet van toepassing zijn op een overgang van een onderneming wanneer '..... de vervreemder is verwickeld in een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder'. Voorts wordt in art. 5 lid 4 Richtlijn de lid-staten opgedragen de nodige maatregelen te nemen '.... om misbruik van insolventieprocedures met het doel de werknemers van de in deze richtlijn bedoelde rechten te beroven.'

De richtlijn moet uiterlijk 17 juli 2001 zijn geïmplementeerd.

Het implementatie-wetsvoorstel kent twee hoofdregels. De eerste maakt een uitzondering op art. 13 Fw, dat na vernietiging van een faillissement handelingen

⁸ Zie nader De Moor, TvI 2001/2, p. 48 e.v.; Udink, TvI 2001/1, p. 55 e.v., met naschrift van De Moor.

⁹ Vergelijk Dommerholt, TPV april 2001, p. 38 e.v.

van de curator, verricht gedurende de faillissementsperiode, in stand laat.¹⁰ De tweede houdt verband met de ingangsdatum van de beroepstermijn die een werknemer heeft: de termijn gaat in op de dag dat hij kennis heeft kunnen nemen van de beschikking, zie art. 67 lid 2-voorstel. Het verzoekschrift van de werknemer behoeft niet door een procureur te worden ingediend (art. 5 lid 2-voorstel), terwijl aan art. 72 (dat bepaalt dat het ontbreken van de machtiging van de r-c geen invloed heeft op de rechtsgeldigheid van een handeling van de curator) een tweede lid ingevoegd, houdende dat de opzegging van een arbeidsovereenkomst door de curator zonder dat de rechter-commissaris daarvoor de machtiging, bedoeld in artikel 68, tweede lid, heeft gegeven, vernietigbaar is.¹¹

7. Veranderingen in het erfrecht

Aan het nieuwe erfrecht wordt al decennia gewerkt. Het treedt naar alle waarschijnlijkheid op 1 januari 2002 in werking. Het erfrecht wordt vastgelegd in Boek 4 BW.¹² In twee recente wetsvoorstellen worden nadere wijzigingen voorgesteld. In de Invoeringswet Boek 4 en Titel 3 van Boek 7 van het nieuwe BW, tweede gedeelte (nadere wijziging van Boek 4), Tweede Kamer, vergaderjaar 1999-2000, 27 021) wordt onder meer art. 4.2A.1.1 aangepast. Zij komt erop neer dat de geldvordering van een kind op de langstlevende echtgenoot (van de erflater) opeisbaar wordt bij faillissement van deze echtgenoot en ook indien de schuldsanering op de langstlevende van toepassing wordt verklaard. Na de beëindiging van de schuldsanering ex art. 356 lid 2 Fw is deze vordering, voor zover zij onvoldaan is gebleven, ‘wederom niet opeisbaar’. Art. 358 lid 1 Fw (omzetting in natuurlijke verbintenis) vindt ten aanzien van deze vordering dus geen toepassing, zie art. 4.2A.1.1 lid 5, slot.

¹⁰ Voorgesteld wordt een art. 13a, dat luidt: ‘Indien de faillietverklaring wordt vernietigd op de grond dat het faillissement is aangevraagd met het oogmerk afbreuk te doen aan de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemer, wordt de opzegging van een arbeidsovereenkomst door een curator, in afwijking van artikel 13, eerste lid, met terugwerkende kracht beheerst door de wettelijke of overeengekomen regels die van toepassing zijn buiten faillissement, met dien verstande dat de termijnen, bedoeld in artikel 683 leden 1 en 2 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en in artikel 9, derde lid, van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, aanvangen op het tijdstip waarop het faillissement wordt vernietigd.’

¹¹ Zie uitvoerig Berends, TvI 2001/1, p. 7 e.v.

¹² De tekst is vastgesteld bij de Wet van 11 september 1969, Stb. 1969, 392, laatstelijk gewijzigd bij de Invoeringswet Boek 3 en Titel 3 van Boek 7 van het nieuwe BW, eerste gedeelte, en de Wet tot vaststelling van titel 7.3 (Schenking) van het nieuwe BW. Zie voor de Wijziging van Boek 4 Tweede Kamer, vergaderjaar 1997-1998, 17 141, nr. 30, en voor de vaststelling van Titel 7.3 wetsvoorstel 17 213.

In het in juli 2000 ingediende ontwerp-Invoeringswet Boek 4 en Titel 3 van Boek 7 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, vierde gedeelte (aanpassing van de wetgeving aan het nieuwe erfrecht en schenkingsrecht) (Kamerstukken 27 245) worden enkele incidentele aanpassingen voorgesteld:

- art. 62 Fw komt te vervallen. Bij het eerste gedeelte van de Invoeringswet Boeken 3–6 nieuw BW was art. 62 vervallen, omdat de regeling omtrent de giften bij huwelijkse voorwaarden bij de invoering van Boek 4 en titel 7.3 zou gaan vervallen. Door de ontkoppeling van Boek 4 en titel 7.3 is dat voorlopig niet geschied, en is art. 62 is bij de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 nieuw BW, dertiende gedeelte, hersteld. Nu het onderhavige wetsvoorstel voorziet in het vervallen van de regeling van de giften bij huwelijkse voorwaarden, kan daarmee ook art. 62 verdwijnen. Art. 35b Fw had reeds van art. 62 eerste zin Fw overgenomen;¹³

- art. 198-202 betreffende de faillietverklaring en het daarop volgende faillissement van een nalatenschap, op verzoek van schuldeisers der nalatenschap, komen te vervallen. In het toekomstige erfrecht van Boek 4 zal het faillissement van een nalatenschap onmogelijk worden. Art. 4.5.3.4 (onderdeel van afd. 3 ‘Vereffening van de nalatenschap’) maakt het mogelijk dat de schuldeisers een vereffening van de nalatenschap te hunnen behoeve kunnen bereiken zonder faillissement. Indien een nalatenschap niet onder het voorrecht van boedelbeschrijving is aanvaard kan de rechtbank een vereffenaar benoemen op verzoek van een of meer schuldeisers van de nalatenschap, wanneer tot een verdeling van de nalatenschap wordt overgegaan voordat de opeisbare schulden daarvan zijn voldaan, of wanneer voor schuldeisers het gevaar bestaat, dat zij niet ten volle zullen worden voldaan, hetzij omdat de nalatenschap ontoereikend is, hetzij omdat de erfgenaam de goederen van de nalatenschap met zijn overige vermogen vermengt of diens schuldeisers zich op de goederen van de nalatenschap gaan verhalen (art. 4.5.3.4 aanhef en onder b). De Toelichting-Meijers¹⁴ geeft aan dat de aangehaalde bepaling de art. 198 e.v. Fw vervangt. In hoofdteksten is de wijze van vereffening in beide gevallen gelijk. Op diverse plaatsen worden onderdelen van de Fw van (overeenkomstige) toepassing verklaard. Vergelijk bijvoorbeeld art. 4.5.3.10b en 14 (overeenkomstige toepasselijkheid voor de daar geregelde gevallen van art. 56 en 57-60 Fw), art. 4.5.3.11 (uitdelingslijst en verzet daartegen) en art. 4.5.3.6 inzake de mogelijke kosteloze vereffening van een armlastige nalatenschap of de opheffing van de vereffening daarvan. In de Toelichting-Meijers wordt opgemerkt dat zoveel mogelijk aansluiting is gezocht bij de bepalingen in de Fw.¹⁵

¹³ Vergelijk Polak-Wessels II, par. 2290 e.v.

¹⁴ Eerste gedeelte, Boek 1-4, p. 358.

¹⁵ Zie Perrick, WPNR 6435-6436 (2001); Vegter, Grondslagen der beneficiaire aanvaarding naar Nederlands en naar Duits recht, diss. Leiden (1989), p. 257 e.v.

8. Directe actie in het verzekeringsrecht

Tot het faillissementsvermogen wordt gerekend de uitkering krachtens een beroepsaansprakelijkheidsverzekering en een uitkering krachtens schadeverzekering. Als de verzekerde gefailleerd is, is het dus mogelijk dat de vorderingen van de benadeelde wegens ontoereikende middelen niet (geheel) zal worden voldaan. De benadeelde heeft geen eigen recht jegens de assuradeur. Zie HR 3 april 1992, NJ 1992, 397, die beslist dat een benadeelde niet buiten de boedel van een gefailleerde om diens aansprakelijkheidsverzekeraar tot betaling kan aanspreken. In algemene zin erkent de Hoge Raad niet het bestaan van een rechtstreeks vorderingsrecht van een benadeelde jegens een aansprakelijkheidsverzekeraar, zie HR 21 januari 2000, VR 2000, 71.

De wetgever heeft gemeend dat het toekennen aan een gelaedeerde van een eigen recht bij alle aansprakelijkheidsverzekeringen te ver gaat en heeft in 1992, ten einde te waarborgen dat de assurantiepenningen uiteindelijk ten goede komen aan de benadeelde, deze een voorrecht gegeven op de vordering tegen de verzekeraar. Zie art. 3:287 BW, dat bepaalt dat degene, die een door hem geleden schade op een ander kan verhalen, bevoorrecht is op de vordering die zijn schuldenaar uit hoofde van een deze aansprakelijkheid dekkende verzekering tegen een verzekeraar mocht hebben. De betekenis van dit voorrecht is in de praktijk beperkt, doordat de benadeelde op deze uitkering wel een voorrecht heeft, maar dient mee te delen in alle algemene faillissementskosten (art. 182).¹⁶

In het in te voeren nieuwe verzekeringsrecht bepaalt art. 7.17.2.9c dat de benadeelde kan verlangen dat indien een aansprakelijkheidsverzekeraar een uitkering verschuldigd is, het bedrag dat de verzekerde daarvan ter zake van de schade van de benadeelde door dood of letsel te vorderen heeft, aan hem wordt betaald.¹⁷ De wetsbepaling verschaft de benadeelde geen eigen aanspraak op schadevergoeding. Tussen benadeelde en assuradeur ontstaat geen verbintenis (art. 6:1 BW). De benadeelde kan rechtstreeks van de assuradeur betaling vorderen van hetgeen de verzekerde van de verzekeraar te vorderen heeft. Onzekerheid bestaat met betrekking tot de vraag of art. 26 Fw van toepassing is, hetgeen zou betekenen dat de benadeelde zijn vordering (jegens de gefailleerde verzekerde) zou moeten aanmelden ter verificatie.¹⁸ Aangezien de benadeelde

¹⁶ In de literatuur zijn verschillende voorstellen gedaan de positie van de benadeelde te versterken, zie Robben, *TvI* 2000/2, p. 41 e.v., met naschrift van Kortmann, en reactie Robben; Van Boom, *WPNR* 6394 (2000).

¹⁷ Over de reikwijdte en de uitwerking van de bepaling wordt gediscussieerd, zie Van Dam en Waal, *De directe actie in titel 7.17*, in: Hartlief & Mendel, red., *Verzekering en maatschappij* (2000), p. 105 e.v.; Kamphuisen, *De directe actie*, in: Wansink e.a., *Het nieuwe verzekeringsrecht: een eerste verkenning van art. 7:17 NBW* (2000), p. 159 e.v., en Van Huizen, *Vrb* 2000, p. 110 e.v.

¹⁸ Zie Van Mierlo en Wansink, *NJB* 2000, p. 1742, en Londonck Sluijk, *A&V* 2000/6, p. 129 e.v.

met een eigen actie het vorderingsrecht van de verzekerde jegens de assuradeur uitoefent is art. 26 Fw niet aan de orde, betogen Frenk en Salomons.¹⁹ De rechtsvordering van de benadeelde heeft niet de strekking de voldoening van een verbintenis uit de boedel (die geverifieerd dient te worden), maar de voldoening van de verbintenis van de verzekeraar (debiteur van de faillissementsdebiteur) jegens de verzekerde (faillissementsdebiteur) in de vorm van betaling aan degende die ex lege schuldeiser is: de benadeelde. Voorshands meen ik dat dit de juiste benadering is.

9. EU Verordening betreffende insolventieprocedures

Door de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam (1998) heeft het privaatrecht een plaats gekregen in de zgn. 1^e pijler (gemeenschapsrecht) en is daarmee onttrokken aan de 3^e pijler (intergouvernementele samenwerking Justitie en Binnenlandse Zaken). Art. 65 jo. art. 67 EG-Verdrag kent aan Commissie en Raad de bevoegdheid toe om maatregelen te nemen ter ‘... bevordering van de verenigbaarheid van de in de lidstaten geldende regels voor collisie en jurisdictiegeschillen’, ... ‘voorzover nodig voor de goede werking van de interne markt’. Onder de in art. 65 geformuleerde communautaire bevoegdheid tot regelgeving vallen het internationaal privaatrecht en het procesrecht.²⁰ In een Actieplan hebben Raad en Commissie in detail vastgelegd hoe de EU zich ten doel stelt een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid te realiseren.²¹ Op het terrein van het burgerlijk procesrecht leidt dit uitvoeringsplan tot herziening (naar inhoud) en hervorming (naar vorm: van verdrag naar verordening) van het EEX en EEX II (erkenning en tenuitvoerlegging beslissingen in huwelijkszaken).

Op 29 mei 2000 zijn twee belangrijk i.p.r. verordeningen gepubliceerd: de Verordening inzake de betekening en kennisgeving van stukken en de Verordening betreffende insolventieprocedures.²² Daarnaast is op 22 december 2000 de EEX-Verordening gepubliceerd (Pb EG L 12 van 16 januari 2001), die op 1 maart 2002 in werking zal treden (met uitzondering van Denemarken).²³

De Betekeningsverordening zal met betrekking tot betekeningen binnen de EU het Haags Betekeningsverdrag 1965 vervangen.²⁴ Zij treedt 31 mei 2001 in werking, maar de noodzakelijke aanpassingwetgeving ligt nog in voorstel-vorm

¹⁹ Frenk en Salomons, Het nieuwe verzekeringsrecht bijgewerkt, V-A 2001, p. 4 e.v.

²⁰ Over de verhouding art. 65 EG-Verdrag en het i.p.r.: Struycken, WPNR 6421 (2000).

²¹ Vergelijk Betlem en Hondius, NJB 1999, p. 1137 e.v.

²² De Verordening over het echtscheidingsprocesrecht laat ik hier buiten beschouwing.

²³ Over de laatste: Vlas, Ondernemingsrecht 2001-4, p. 95 e.v.

²⁴ Zie Freudenthal, NIPR 2001, p. 3 e.v.

voor advies bij de Raad van State. In een 'Circulaire' van 6 april 2001²⁵ geeft de Minister aan rechterlijke macht en praktijk over de betekenis en gevolgen van de Verordening ná 31 mei m.b.t. die onderdelen die tot aanpassing van nationale wetgeving zouden moeten leiden.

De Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures (Pb nr L 160 van 30 juni 2000, p. 1-13) treedt op 31 mei 2002 in werking. De Raad van de EU baseert de Verordening in het bijzonder op art. 61 onder c jo. art. 65 en art. 67 lid 1 EG-Verdrag, hetgeen de Verordening plaatst in het kader van maatregelen op het gebied van justitiële samenwerking. Naar haar aard is de Verordening verbindend in al haar onderdelen en, overeenkomstig het EG-Verdrag, rechtstreeks toepasselijk in de lidstaten.

De inhoud van de verordening stemt in hoge mate overeen met de inhoud van het Insolventieverdrag 1995.²⁶ De belangrijkste reden voor de Insolventieverordening is gelegen in het belang van een goede werking van de interne markt waartoe ook een regeling noodzakelijk is van efficiënte en doeltreffende grensoverschrijdende insolventieprocedures, vastgesteld op grondslag van art. 65 EG-Verdrag. Activiteiten van ondernemingen hebben meer en meer grensoverschrijdende gevolgen, zodat deze in toenemende mate onder de regels van het Gemeenschapsrecht vallen. Omdat ook de insolventie van ondernemingen gevolgen voor de goede werking van de interne markt is handelen van de Gemeenschap geboden, teneinde tot coördinatie te komen van de maatregelen die ten aanzien van het vermogen van een insolvente schuldenaar worden getroffen. Daarnaast moet de goede werking van de interne markt verhinderen dat er prikkels voor partijen bestaan om ter verbetering van hun rechtspositie geschillen of goederen van de ene lidstaat naar de andere over te brengen ("forum shopping"). Omdat deze doelstellingen in onvoldoende mate door de lidstaten afzonderlijk kunnen worden verwezenlijkt acht de Raad handelen Gemeenschap gerechtvaardigd. De grensoverschrijdende gevolgen dienen op communautair vlak te worden verwezenlijkt. De Verordening beperkt haar voorschriften tot regeling van de rechterlijke bevoegdheid inzake de opening van een insolventieprocedure (met in beginsel universele werking) en de beslissingen die rechtstreeks uit een insolventieprocedure voortvloeien en daarmee nauw samenhangen. Daarnaast bevat de Verordening bepalingen betreffende de erkenning van die beslissingen en betreffende het toepasselijke recht, die vereist zijn om de communautaire doelstelling te bereiken en die zijn beogen niet verder gaan dan hetgeen voor dit doel nodig is. Langs deze weg wordt het communautaire subsidiariteitsbeginsel vormgegeven.²⁷

²⁵ Zie Circulaire EG-Betekenningsverordening, Ned. Stcrt. 9 april 2001, p. 25.

²⁶ Zie voor enkele verschillpunten: Berends, TvI 2000/5, p. 167 e.v.

²⁷ Zie Berends, Grensoverschrijdende insolventie, NIBE Bankjuridische Reeks nr. 37 (1999). Voor de tekst van de Verordening Losbl. Fw (De Liagre Böhl c.s.), Komend recht-59 e.v. en Praktijkboek Curatoren (Berends), Katern A.16b. Voor een bespreking: Kortmann en Veder, WPNR 6421 (2000).

10. Financiële instellingen

Art. 1 lid 2 van de Europese Insolventieverordening bepaalt dat de verordening niet van toepassing is op insolventieprocedures betreffende verzekeringsmaatschappijen, kredietinstellingen, beleggingsondernemingen die diensten verrichten welke het houden van geld of effecten van derden behelzen, en instellingen voor collectieve belegging. Deze ondernemingen zijn aanspecifieke regelingen onderworpen die aan nationale toezichhoudende autoriteiten omvangrijke bevoegdheden geven om in te grijpen.²⁸ In een brief van 20 februari 2001 van de Minister van Financiën aan de Tweede Kamer, houdende het verslag van de Ecofin Raad van 12 februari 2001²⁹ is te lezen dat wordt beoogd de richtlijn-voorstellen met betrekking tot genoemde ondernemingen onderling op elkaar en op de Insolventieverordening aan te passen.

11. Europese richtlijn bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties

Aangezien insolventies kunnen ontstaan door betalingsachterstanden en daarmee gepaard gaande zware administratieve en financiële lasten en relatief hoge invorderingskosten poogt deze Richtlijn 2000/35/EG, PbEG L 2000/35 van 8 augustus 2000 hierin verandering aan te brengen. Zij dient op 8 augustus 2002 in nationale wetgeving te zijn omgezet. In beginsel houdt de richtlijn een betalingstermijn van 30 dagen aan. Een prikkel tot betaling zal vormen een wettelijk rentepercentage van (naar maatstaven van thans) 11,75 %. Daarnaast bevat de richtlijn bepalingen over de mogelijkheid van schadevergoeding, de introductie van een Europees eigendomsvoorbehoud en een snelle invorderingsprocedure voor onbetwiste vorderingen.³⁰

12. Europese Richtlijn bescherming werknemers bij insolventie van de werkgever

²⁸ Berends, a.w., p. 104 e.v.

²⁹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2000-2001, 21 501-07, nr. 313.

³⁰ Zie Freudenthal e.a., NTBR 2000/7, p. 293 e.v.

Op 15 januari 2001 heeft de Europese Commissie een Voorstel ingediend voor een Richtlijn tot wijziging van Richtlijn 80/987/EEG betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever.³¹ De richtlijn, die ten grondslag ligt aan onze loongarantieregeling, is alleen van toepassing op werknemers tegen wier werkgever volgens hun nationale recht een procedure strekkende tot gezamenlijke voldoening van hun schulden mogelijk is, zie Hof van Justitie EG 9 november 1995, NJ 1996, 626.³² Twijfelde Van Der Klis³³ nog in welke richting een aanpassing van de richtlijn zou plaatsvinden, thans blijkt dat de Commissie vindt dat het Europese Hof een te strikte interpretatie hanteert en een ruimer insolventiebegrip in de richtlijn opneemt. Daarbij wordt aangehaakt aan de definitie van art. 1 lid 1 EU Insolventieverordening, zodat de toepassing wordt verruimd tot collectieve procedures die, op de insolventie van de schuldenaar berustend, ertoe leiden dat deze schuldenaar het beheer en de beschikking over zijn vermogen geheel of ten dele verliest en dat een curator wordt aangewezen. De drie insolventieprocedures die de Nederlandse Fw kent vallen hier dan onder.³⁴

13. Bijzondere wet- en regelgeving

De laatste tijd kwam ik nog wat klein grut tegen.

Art. 10 Elektriciteitswet 2000 (Stbl. 2000, 186), in werking getreden 10 augustus 2000, doet de aanwijzing als netwerkbeheerder van de vennootschap van rechtswege vervallen in geval van (fusie, splitsing, ontbinding of) faillissement. Een zelfde regeling kent art. 6 Gaswet 2000 voor de krachtens die wet aangewezen netwerkbeheerder.

Naar verwachting treedt op 1 juni a.s. in werking de Gerechtsdeurwaarderswet (Stbl. 2001, 70). In een afzonderlijke wet worden nadere regels gegeven ‘van de gevolgen van ambtshandelingen van gerechtsdeurwaarders die in strijd zijn met de volkenrechtelijke verplichtingen van de Staat’. Zie Stbl. 2001, 71. Art. 3a Gerechtsdeurwaarderswet kent een procedure van melding door de deurwaarder aan de Minister van Justitie indien een hem opgedragen ambtshandeling in redelijkheid in strijd moet worden geacht met volkenrechtelijke verplichtingen van de Staat. Te denken valt aan het de ambtshandeling houdende

³¹ COM (2000) 832; 2001/0008 (COD). Met dank aan Mr. B.F.M.Knuppe.

³² Zie nader: Polak-Wessels II, par. 2563 e.v.

³³ Insolad Jaarboek 1999, p. 43 e.v.

³⁴ Art. 2 aanhef en onder b) Insolventieverordening kent een ruim begrip ‘curator’, waaronder ook de bewindvoerder dient te worden begrepen.

tenuitvoerlegging van een faillissementsvonnis jegens een vreemde Staat (indien een rechter een dergelijk vonnis reeds zou uitspreken).

In het wetsvoorstel tot wijziging van de Rijksoctrooiwet, ingediend in juni 2000 (Tweede Kamer, vergaderjaar 1999-2000, 27 193 (R 1658), wordt geregeld dat het bestuur van de Orde van octrooigemachtigden een (plaatsvervangend) lid van de raad van toezicht van zijn functie ontheft indien hij failliet is verklaard of ten aanzien van hem de schuldsanering van toepassing is (art. 23g). Een octrooigemachtigde in gedurende een faillissement of een schuldsanering geschorst in zijn recht om als gemachtigde voor het bureau voor de industriële eigendom op te treden (art. 23m lid 1). Art. 23y lid 4 geeft de curator het recht de raad van toezicht te verzoeken de schorsing op te heffen. De bepaling verzuimt deze bevoegdheid ook aan de bewindvoerder toe te kennen.

Een slotopmerking. Het overzicht maakt weer eens duidelijk dat het insolventierecht langs verschillende wegen vorm krijgt (in de MDW-werkgroep zijn vier departementen vertegenwoordigd) en door verschillende regelsectoren wordt gevoed (personenrecht, erfrecht, verzekeringsrecht, procesrecht, EU, etc.). Ten aanzien van het beperkter terrein van de faillissementswetgeving geeft de Minister van Justitie bij wijze van toelichting achteraf de huidige wetgevingsmethode weer. Het is een gefaseerde partiële herziening, die zich op tastbare resultaten richt. Bij een dergelijke herziening rijst natuurlijk altijd de vraag: welke partjes nu en welke later?, alsook: hoe verhouden de diverse onderdelen zich tot elkaar? Zo lijkt me in deze aanpak goed verdedigbaar om de problematiek van de centrale registratie van faillissement, surseance en schuldsanering uit wetsvoorstel 27 244 te lichten, te meer daar art. 21 en 22 EU Insolventieverdrag bepaalde publikatiemogelijkheden en –verplichtingen introduceren, die bij dat onderwerp stellig en ook spoedig een plaats verdienen. Wetgeving in meerdere fasen draagt uiteraard ook het gevaar in zich dat er bepaalde complexe vragen naar weer een volgende fase worden doorgeschoven. Die mogelijkheid lijkt niet uitgesloten ten aanzien van de onderwerpen die de MDW-werkgroep in het aangehaalde Discussiememorandum aan het slot vermeldt onder ‘resterende aandachtspunten’, waaronder het vraagstuk van het geconsolideerde faillissement voor in een groep verbonden ondernemingen en de thematiek van de boedelschulden. Met betrekking tot de onderlinge verhouding van diverse onderdelen doet het bijvoorbeeld merkwaardig aan dat erkend wordt dat het professionele niveau van het rechter-commissariaat verbetering behoeft, maar dat in wetsvoorstel 27 244 (in het bijzonder tijdens de afkoelingsperiode, bij de vaststelling van vergoeding in verband met afkoeling respectievelijk gebruik, verbruik of vervreemding van goederen door curator/bewindvoerder) en in wetsvoorstel 27 199 (vereenvoudiging) reeds belangrijke nieuwe (rechtscheppende) taken door de r-c moeten worden uitgeoefend. Tenslotte zijn er onderdelen die zich amper laten faseren, waarbij in het bijzonder gedacht moet worden de Europeanisering van het insolventie(proces)recht.

In 1999 schreef ik dat de Faillissementswet door enkele recente ingrepen veel van haar systematische overzichtelijkheid en interne consistentie heeft verloren.³⁵ De Nederlandse insolventiewetgeving draait de laatste jaren op verschillende snelheden. Voor de rechtspraak zal dit m.i. onontkoombaar ten detrimente van de zo noodzakelijke overzichtelijkheid gaan, terwijl een intern weinig consistente wetgeving, met verbrokkelde nieuwe en vernieuwde onderdelen, alleen maar tot verschraling van de rechtswetenschap kan leiden.

* B. Wessels is advocaat; partner van Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen, Amsterdam; hoogleraar Burgerlijk recht en Handelsrecht VU Amsterdam.

³⁵ Polak-Wessels I, par. 1066.