

De Commissie Insolventierecht wilde de huidige Faillissementswet niet slopen maar renoveren. Maar doordat ze in overleg met het ministerie koos voor fundamentele koerswijzigingen, samengebracht in een kant-en-klaar Voorontwerp, plaatst ze de wetgever voor een voldongen feit. Wat behelzen de voorstellen, en welke passen wel en welke niet bij een renovatie?

Voorontwerp Insolventiewet

Voorontwerp is geen eindpunt

.....
Willem van Nielen

redactielid en advocaat te Den Haag

Marc Udink

advocaat te Den Haag
.....

Voor de instelling van de commissie bestond er weinig onvrede over de huidige Faillissementswet. Wel was er sprake van professionalisering en modernisering bij rechters, curatoren, banken en academi-ci. Curatoren gingen, geïnspireerd door de literatuur, mooie uitspraken halen: curatoren plus rechters raakten bevredigd in hun creativiteit en expansiedrift. De academicus speelde een becommen-tariërende rol.

Het insolventierecht is door toedoen van Nijmegen maar ook universiteiten als Tilburg en Groningen, een welbetreden pad voor de academicus geworden. 'Nijmegen' heeft vanaf het begin de ontwikkelingen een enorme impuls gegeven. Het lag dan ook voor de hand om daar advies te vragen over een nieuwe Insolventiewet. De Commissie heeft haar verantwoordelijkheid genomen door een brede kring van betrokkenen bij faillissementen in haar gelederen op te nemen. De Commissie en haar opdrachtgever hebben vervolgens gedacht dat het debat in stilte kon plaatsvinden, een verkeerde inschatting.

Ten eerste kan het onderhandelen van private belangen niet in besloten kring plaatsvinden. Ten tweede ligt het pri-

maat bij het maken van definitieve beslissingen bij de wetgevende macht. Het advies van de Commissie is geen advies maar beleid, in een dusdanig vaststaande vorm (complete wet met toelichting) dat het kabinet er omheen zal moeten gaan als het – na het publieke debat – op bepaalde punten een andere koers wil varen. Dit lijkt ons overigens vooral de verantwoordelijkheid van de minister, die over deze aanpak heeft overlegd met de Commissie Insolventierecht. Een ander nadeel van deze aanpak is dat het advies niet in kaart brengt wat de voor- en nadelen zijn van andere systemen en keuzen die in literatuur en praktijk naar voren zijn gebracht.

Renoveren

De Commissie is ingesteld om te adviseren over wetgeving op het terrein van het insolventierecht. Volgens de Commissie verdient een integrale voorziening de voorkeur, gezien de onderlinge samenhang van de verschillende kwesties die in een insolventiewet dienen te worden geregeld. Ook de samenhang van het insolventierecht met andere rechtsgebieden, zoals het algemeen vermogensrecht en het fiscale recht, vraagt om een integrale benadering. De Commissie heeft geen volledig nieuw

Graag reacties uit praktijk

Op 1 november 2007 heeft de voorzitter van de Commissie Insolventierecht, prof. mr. S. C. J. J. Kortmann, het Voorontwerp Insolventiewet aan de Minister van Justitie aangeboden. De minister wil via internetconsultatie reacties op het voorontwerp inwinnen. Reacties kunnen *tot 1 mei a.s.* gestuurd worden naar insolventiewet@minjus.nl; reacties op dit artikel graag naar de redactie van dit blad en/of naar wvannielen@ujlaw.nl.

Reacties zouden niet alleen moeten komen uit de academische wereld, maar vooral ook uit de praktijk. En dan niet alleen van curatoren, rechters-commissarissen, banken en fiscus, maar ook uit de bredere kring van de advocatuur, omdat een advocaat bij tal van situaties rekening moet houden met een mogelijke insolventie van zijn cliënt of diens wederpartij.



maar begin van discussie

insolventiesysteem maar een grondige renovatie en modernisering van de Faillissementswet beoogd. De voorstellen van MDW-Werkgroep Modernisering Faillissementsrecht Tweede Fase, onder voorzitterschap van prof. Raaijmakers, hebben daarbij een belangrijke rol gespeeld, aldus de toelichting bij het Voorontwerp. Toch bevat het Voorontwerp belangrijke koerswijzigingen.

R-C op afstand

Een belangrijke koerswijziging¹ betreft

¹ Voorgestelde veranderingen die in het kader van dit artikel verder niet worden besproken zijn: samenvoeging van de drie procedures (faillissement, surseance van betaling, schuldsanering) tot één doelmatige en flexibele insolventieprocedure, vervanging van de benaming 'curator' door 'bewindvoerder' en salariskosten en verschotten van de curator ten laste van de staat (niet meer afhankelijk van de boedel, terwijl bij een lege

Het toekennen van meer bevoegdheden aan crediteuren lijkt een modegril

de wijziging in de 'corporate' governance van de Faillissementswet. De rechter-commissaris (R-C) wordt meer op afstand gezet en het toezicht wordt in de eerste plaats bij de schuldeisers gelegd. Aan crediteuren worden meer bevoegdheden gegeven en er wordt een crediteurencommissie ingesteld met bevoegdheden die vergelijkbaar zijn met

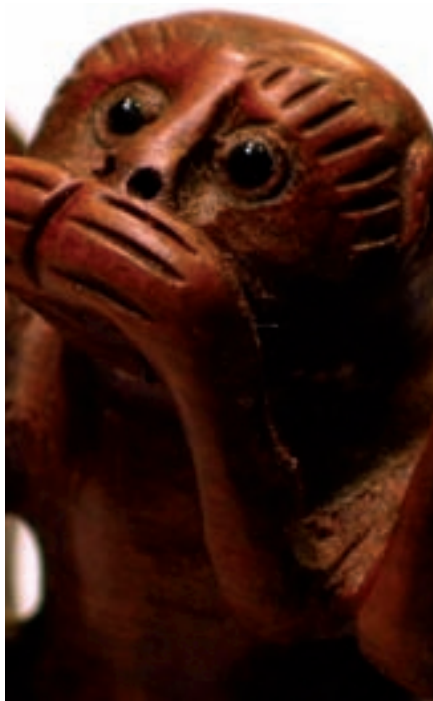
boedel juist vaak moet worden opgetreden tegen insolventiefraude).

die van de R-C nu. De crediteuren, en/of een deskundige uit het midden van de crediteuren, moet volgens het Voorontwerp de bewindvoerder nieuwe stijl gaan controleren.

Waar komt dit vandaan? Het is niet de roep uit de praktijk, waar juiste kritische geluiden vandaan komen. De commissie van schuldeisers speelt nu ook geen rol van betekenis, en de vraag is waarom de (preferente) schuldeisers straks wel in actie zouden komen.² Het toekennen van meer bevoegdheden aan crediteuren lijkt meer een modegril.

Doordat in de crediteurencommissie plaats is gemaakt voor een insolventiedeskundige, zullen vakgenoten (curatoren) elkaar controleren. Het staat niet

² Zie prof. mr. F.M.J. Verstijlen in *TvI* 2008/1, p. 20 en F.H.E. Boerma, *TvI* 2007/38, p. 191-192.



vast dat aan een dergelijke, extra geld kostende controle behoefte bestaat.

De Commissie wil de R-C meer op afstand zetten om te voorkomen dat hij – zoals nu – als rechter heeft te oordelen over kwesties waar hij als toezichthouder, al dan niet door het geven van een machtiging, al bij betrokken was. De conclusie lijkt gerechtvaardigd dat het Voorontwerp uiteindelijk op dit punt haar doel niet.³ Dat is onzes inziens ook niet verkeerd. De R-C's stellen terecht dat zij door hun toezichthoudende en adviserende rol een goed beeld hebben van de deskundigheid van de door de rechtbank te benoemen curatoren. Een goed werkend systeem van toezicht en benoemingsbeleid is onzes inziens een voorwaarde voor de kwaliteit van de afwikkeling van de insolventieprocedures en dient niet zonder goede redenen en zonder draagvlak in gevaar te worden gebracht.

Vergaande bevoegdheden

Een van de taken die de Commissie mee heeft gekregen is het versterken van het 'reorganiserend vermogen' ook tijdens insolventie. Daarvoor is onder meer de regeling van de afkoelingsperiode uitgebreid, die automatisch gaat lopen gedurende drie maanden. De bewindvoerder krijgt vergaande bevoegdheden, zoals gebruik en verbruik van (bijvoorbeeld) verpande of in eigendomsvoorbehoud geleverde goederen. Ook kan de bewindvoerder

³ Zo heeft ook in het Voorontwerp de R-C de mogelijkheid op verzoek van de bewindvoerder de schuldeiserscommissie te overrulen, door alsnog de door de bewindvoerder gevraagde toestemming te geven. Zie verder prof. mr. F.M.J. Verstijlen in *TvI* 2008/1, p. 18-23, die meent dat het voorontwerp op dit punt geen wezenlijke verandering brengt.

Welke verhaalspositie krijgt de curator bij activa die justitie in beslag nam ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel?

voeder leveranciers van goederen en (niet-financiële) diensten verplichten tot leveringen, die voor de voortzetting van de onderneming noodzakelijk zijn tegen betaling van de postfaillissementsvorderingen. De prefaillissementsvorderingen van deze leveranciers blijven concurrente vorderingen, hetgeen meestal betekent dat de bewindvoerder deze onbetaald moet laten wegens gebrek aan bate.

Controversieel zijn de bevoegdheden van de bewindvoerder tot het zelfstandig te gelde maken van verpande en verhypothekerde zaken waardoor de pand-/hypothekhouder zijn recht van separatisme verliest. De banken verzetten zich met klem tegen deze voorstellen. Een dergelijke afweging van belangen vraagt om een publiek debat en een zichtbaar zorgvuldige afweging door de wetgevende macht.

Strafrecht niet ultimum remedium

Het advies van de Commissie bevat ter bestrijding van insolventiefraude ook een voorstel om de wettelijke strafbepalingen inzake faillissementen aan te scherpen. Dit voorstel is van mevrouw mr. dr. C.M. Hilverda, die in haar toelichting strafrechtelijke bestrijding onmisbaar acht als civielrechtelijk optreden hiertegen onmogelijk of onvoldoende is. Wij merken op dat strafrechtelijk optreden ultimum remedium moet zijn; dit is ook het beleid van de huidige regering, die daarmee de Commissie Bestrijding Faillissementsfraude volgt.⁴ Faillissementsfraude moet niet vooral strafrechtelijk worden bestreden – civiele (en bestuursrechtelijke) middelen moeten beter worden gebruikt. Door inzet van het strafrecht immers krijgen crediteuren hun geld niet terug; het dient veeleer als afschrikking, straf en emotionele genoegdoening voor de slachtoffers.

Terecht stelt Hilverda dat civielrechtelijke rechtshandhaving enkel zinvol is indien de weggesluisde activa te achterhalen zijn. Zij stelt dat politie en justitie de dwangmiddelen hebben om insolventiefraude, weggesluisde boedelactiva en verhaalsvermogen op te sporen, het laatste in het kader van de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. De bewindvoerder zou de opgespoorde boedelactiva onder zich kunnen nemen of conservatoir kunnen beslag leggen op de achterhaalde verhaalsactiva, en zich ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers als benadeelde partij voegen in het

⁴ Ondergetekende W.J.B. van Nielen is lid van deze commissie, die onder voorzitterschap staat van ondergetekende mr. M.C. Udink.



strafproces tegen de fraudeur.

Bij dit mooi geschetste plaatje stellen wij de vraag welke verhaalspositie de curator heeft bij activa die justitie in beslag nam ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. Indien de fraudeur tevens de failliet is, vallen dan de door justitie in beslag genomen activa in de boedel? Indien de fraudeur niet de failliet is, wat is dan de positie van de curator indien deze beslag heeft gelegd op het door justitie in beslag genomen vermogen van de door de curator aangesproken fraudeur, bijvoorbeeld op grond van bestuurdersaansprakelijkheid? Het succes van de gewenste samenwerking tussen justitie en de curator is mede afhankelijk van het antwoord op deze vragen.

Wie beslist over aangifte?

Verder wordt in het Voorontwerp de bewindvoerder verplicht de R-C kennis te geven van vermoedens van strafbare feiten. Deze laatste kan vervolgens zelf aangifte doen of de bewindvoerder een aanwijzing geven om aangifte te doen. De vraag is hoe deze bevoegdheid zich verhoudt tot de rol die het Voorontwerp de R-C benadrukt, namelijk meer die van rechter. De R-C moet hier niet op de stoel van de curator zitten, zeker niet op afstand als rechter. Een aangifte kan indruisen tegen het belang van de schuldeisers, het kan er ook mee gediend zijn, als opsporing van verhaalbaar vermogen namelijk het resultaat is. Het is echter de curator en niet de R-C die deze afweging moet maken.

Commissie niet juiste orgaan

In deze verkennende fase is de Commissie niet het orgaan dat knopen door

.....
**Tot een renovatie behoort niet,
zonder draagvlak in de praktijk,
de aantasting van de positie van
zekerheidsgerechtigden**
.....

moet hakken, iets wat ze in dit Voorontwerp wel deed. Hoe breed ze ook is samengesteld, ze kan niet onderhandelen over de verschillende private belangen bij de verschillende 'pijnpunten'. De politiek dient op basis van onderhandelingen definitieve keuzes te maken op basis waarvan een Commissie Insolventiewet een ontwerp-Faillissementswet opstelt. Door het advies in een kant-en-klaar voorontwerp te gieten, heeft de Commissie de wetgever voor een voldongen feit geplaatst. Wijzigingen kunnen de samenhang van de Insolventiewet zo sterk aantasten dat de kwaliteit van het Voorontwerp, die er wel degelijk is, aanzienlijk vermindert.

Wat wel en wat niet?

Het Voorontwerp van de Commissie moet naar ons idee als start van de discussie worden aangemerkt.⁵ Hierin moeten renovatie en modernisering van de Faillissementswet vooropstaan, iets wat

ook de Commissie terecht als doel heeft gesteld. Daartoe behoren niet, zeker niet zonder draagvlak in de praktijk:

- * aantasting van de positie van zekerheidsgerechtigden;
- * omkering van rollen binnen corporate governance;
- * verruiming van mogelijkheden om met terugwerkende kracht rechtshandelingen aan te tasten die voor faillissement waren verricht.

Daartoe behoren ons inziens bijvoorbeeld wel:

- * terugdringing van boedelschulden en preferente schulden;
- * regeling voor geconsolideerde afwikkeling van verbonden faillissementen;
- * mogelijkheid van een akkoord buiten insolventie, dat de rechter algemeen verbindend kan verklaren voor schuldeisers die (daartoe in de gelegenheid gesteld) niet hebben ingestemd;
- * formele erkenningsprocedure voor insolventies uit niet-EU-landen;
- * Insolventieraad met deskundigen die (niet-bindende) richtlijnen kan geven voor de praktijk, en die aan de Minister van Justitie regels kan voordragen voor het efficiënte verloop van insolventieprocedures.

Op deze punten laat de commissie haar kracht zien, te weten oog voor de praktijk en het systeem van de wet.

.....
⁵ Zie o.a. ook prof. mr. F.M.J. Verstijlen in *TvI* 2008/1, p. 23: 'Want het voorontwerp is precies dat, een voorontwerp. Het is niet de afsluiting van, maar een beginpunt voor discussie.'