

*Wet Vereenvoudigde Afwikkeling
van Faillissementen dient de werkverschaffing*

Minder eenvoudig, meer afwikkeling, meer kosten

Met de wet Vereenvoudigde Afwikkeling van Faillissementen moest het eenvoudiger worden om faillissementen op te heffen en werkzaamheden en kosten te beperken. De wet trad 1 augustus jl. in werking; sindsdien zijn alle betrokkenen bij faillissementen er op achteruit gegaan.

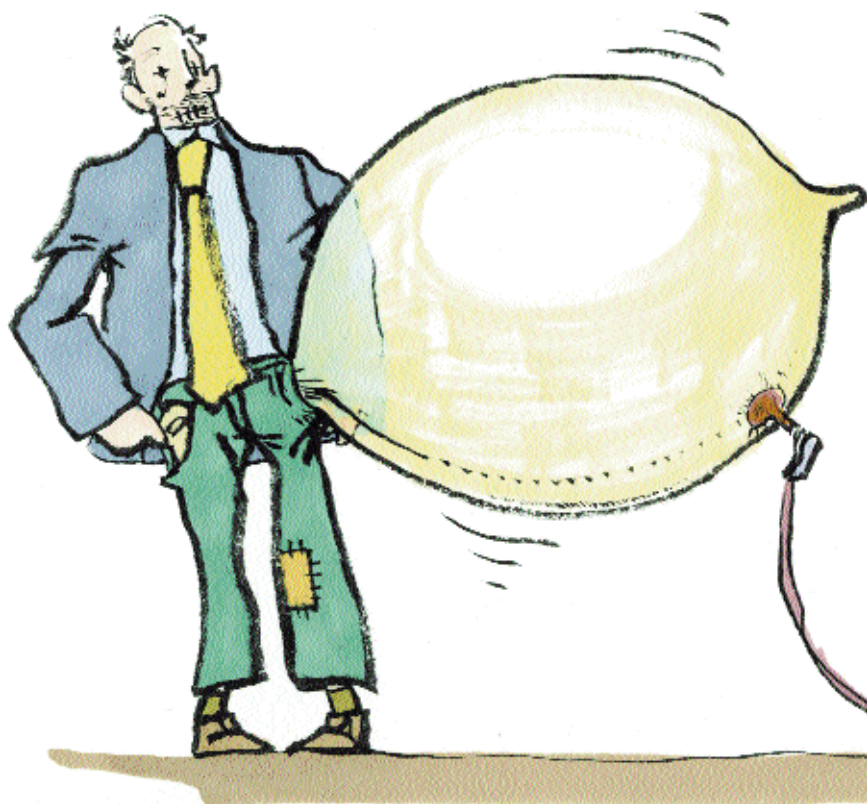
Frits Kemp
advocaat te Amsterdam

De oorspronkelijke Faillissementswet uit 1893 wordt algemeen beschouwd als een goed doordachte en consistente wet, die echter nodig gemoderniseerd moet worden. De invoering enkele jaren geleden van de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen veroorzaakte allerlei problemen, waarvan het voornaamste is dat in de grote steden onvoldoende bewindvoerders te vinden zijn. Hetzelfde geldt voor de Faillissementskamers die onderbezet zijn om de toestroom te verwerken. Van deze

ervaringen heeft de wetgever helaas niet veel geleerd. Want eindelijk hadden de zoete vruchten van tien jaar wetgeving¹ kunnen worden geproefd. Zoet? De smaak blijkt zuur: crediteuren, Faillissementskamers en curatoren zijn slechter af dan voorheen.

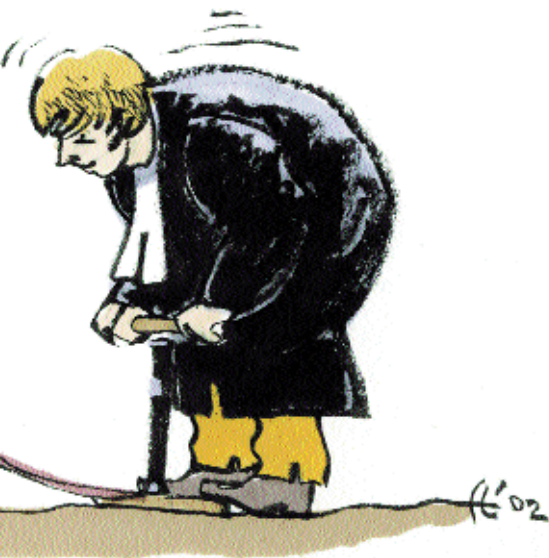
Oneigenlijke opheffing

Het faillissementsrecht is dus in beweging en met een aantal recente wijzigingen worden technische verbeteringen beoogd.² Uitgangspunt blijft dat schuldeisers zoveel mogelijk recht hebben op voldoening van hun vorderingen. De wetgever wilde deze doelstelling verhelderen en het faillissementsrecht 'op maat' maken. De vereenvoudigde afwikkeling werd nodig geacht



De curator moet alle bekende crediteuren twee keer schrijven dat ze niets ontvangen – dat is werkverschaffing

om een wettelijke basis te geven aan de zogenaamde oneigenlijke opheffing. Hierbij betaalt de curator de boedelschulden en maakt de rest van het beschikbare actief over naar de Belastingdienst en het UWV. Vervolgens wordt het faillissement met toepassing van art. 16 Faillissementswet opge-



heven. Deze wijze van opheffing wordt oneigenlijk genoemd, omdat het nooit de bedoeling van de wetgever is geweest dat een faillissement zou worden opgeheven als er faillissementsschulden³ werden betaald. Bovendien biedt art. 19 Invorderingswet aan de curator de mogelijkheid om betalingen aan de Belastingdienst te doen, maar niet voor het doen van betalingen aan het UWV of voor de kosten van de faillissementsaanvraag.

Er waren echter redenen te over om de werking van art. 16 Faillissementswet wat op te rekken. Als dat niet zou gebeuren zouden alle crediteuren moeten worden opgeroepen om in een verificatievergadering te verschijnen, hetgeen elk doel zou missen. De crediteuren krijgen immers

niets omdat de Belastingdienst een hoger voorrecht heeft. Deze constructie van de oneigenlijke opheffing heeft tientallen jaren probleemloos gefunctioneerd.

Contra legem

Dat de praktijk en de wet niet helemaal op elkaar aansloten laat zich verklaren door een aantal ontwikkelingen. Allereerst is de belastingdruk veel groter dan 120 jaar geleden. Daarnaast bestond er vroeger geen stil pandrecht⁴ en bovendien zijn er veel meer bevoorrechte schulden ontstaan. Ten slotte laat de jurisprudentie een duidelijke tendens zien om steeds meer schulden als boedelschulden aan te merken. Omdat het beschikbare actief daardoor ontoereikend wordt om faillissementsschulden te voldoen, worden de meeste faillissementen – al dan niet oneigenlijk – opgeheven. Deze praktijk is jarenlang bij alle rechtbanken veelvuldig en probleemloos gevolgd. De voordelen zijn duidelijk: de duur van het faillissement is beperkt, er worden weinig kosten gemaakt en doelloze werkzaamheden worden voorkomen.

Het wetsvoorstel van 1992 diende uitsluitend om deze ‘open en wijdverbreide praktijk nader te regelen en van een uitdrukkelijk daarop toegesneden wettelijke basis te voorzien’.⁵ Uitgangspunten van het wetsvoorstel waren ‘een vereenvoudigde faillissementsafwikkeling die gepaard zou gaan met minder werkzaamheden en kosten’.

Nadat de behandeling van het wetsvoorstel in 1994 stil kwam te liggen, werd in 2000 advies aan de Raad van State gevraagd. Ook de Raad oordeelde codifica-

tie van de praktijk wenselijk, doch weersprak dat deze contra legem zou zijn.⁶ Dat lijkt een tikkeltje hypocriet, omdat betalingen aan het UWV of de aanvrager van het faillissement wel degelijk in strijd met de wet zijn. Hoe dan ook adviseerde de Raad om het voorstel aan de Tweede Kamer toe te zenden. De minister van Justitie, Korthals, vroeg daarop advies aan de vaste commissie van Justitie.

De leden van de VVD- en de PvdA-fractie stemden kritiekloos in met het voorstel. De VVD vond het van belang voor de kwaliteit van de rechtstaat dat de praktijk een wettelijke basis kreeg en de PvdA-fractie drong er op aan dat de failliet zou worden gehoord.⁷

De minister stelde nogmaals tevreden vast dat de praktijk niet contra legem was, dat de gangbare toepassing positief moest worden gewaardeerd, en dat de wet daarop zou worden toegesneden.⁸

Bureaucratische Wet van Murphy

Van de Wet, die op 1 augustus 2002 met onmiddellijke ingang in werking is getreden, zou dus verwacht mogen worden dat deze niet meer is dan een codificatie van de praktijk. Ook in het eindrapport van de MDW-werkgroep over de verschillende herzieningen van de Faillissementswet wordt de indruk gewekt dat de praktijk van de oneigenlijke opheffing netjes is vastgelegd en door de nieuwe wet niet wordt bemoeilijkt.⁹ Helaas kunnen op ten minste veertien aspecten afwijkingen worden vastgesteld. Artt. 137a e.v. Fw. bepalen nu kort samengevat het volgende:

Veertien afwijkende stappen

Stap 1 - Als aannemelijk is dat concurrente crediteuren niets zullen ontvangen beschikt de rechter-commissaris, al dan niet ambtshalve, dat afhandeling van concurrente vorderingen achterwege blijft.

Het gevaar schuilt hier met name in de bevoegdheid voor de rechter om ambtshalve te beslissen. De klassieke taakverdeling was dat de curator beslist en de rechter toezicht houdt. Deze nieuwe bepaling legt een extra werkdruk op aan de rechter omdat hij verscherpt toezicht moet houden.

Stap 2 - De curator plaatst een advertentie en informeert alle bekende crediteuren per brief dat zij niets zullen ontvangen.

Deze bepaling is volstrekt nutteloos omdat crediteuren niet verwachten iets te ontvangen. Het gaat al snel om 500 brieven en elke brief kan een reactie oproepen. Dat is genoegzaam bekend uit faillissementen waarin crediteuren worden uitgenodigd voor een verificatievergadering. De boekhouder is vertrokken, het dossier kan niet worden getraceerd, bedragen worden betwist, et cetera. Daarbij komt dat de curator moet onderzoeken welke crediteuren wellicht een vordering hebben. Het verzenden van een brief aan de crediteuren die een vordering hebben ingediend, volstaat dus niet.

Stap 3 - De curator gaat na of er zekerheidsrechten zijn.

Dit onderzoek heeft dan allang plaatsgevonden omdat anders nooit aannemelijk kan zijn of er iets voor concurrente crediteuren overblijft. Ook is nieuw dat de curator zelf moet onderzoeken of een vordering bevoorrecht is. Het is de curator dus niet toegestaan om af te wachten of een crediteur aanspraak maakt op een voorrecht¹⁰.

Stap 4 - De curator is verplicht om met schuldeisers in overleg te treden als een voorrecht wordt betwist.

Dit is een zinloze bepaling indien meteen al duidelijk is dat alleen aan de Belastingdienst kan worden uitgekeerd.

Stap 5 - Als er geen overeenstemming wordt bereikt, bemiddelt de rechter-commissaris en vindt zonodig renvooi plaats.

Deze regeling is erg vaag, en met name is onduidelijk hoe zij zich verhoudt tot de mogelijkheid van verzet tegen de uitdelingslijst.

Stap 6 - De gefailleerde mag bezwaar maken tegen een voorrecht, of de daaraan verbonden vordering, en dit voorleggen aan de rechter-commissaris.

Aan dit bezwaar is echter geen enkel rechtsgevolg verbonden; de bepaling is dus niet meer dan een wassen neus. Anders dan bij een reguliere verificatie heeft de crediteur nooit een executoriale titel na vereenvoudigde afwikkeling.¹¹

...delen wij u mede dat ook deze brief volstrekt zinloos is...



Iedereen slechter af

Al in september 2001, maar vergeefs, is door een vertegenwoordiger van het Recofa¹² en een vertegenwoordiger van een faillissementsgriffie bij het departement van Justitie gewezen op de gevolgen van de nieuwe wet. Met praktijkvoorbeelden en statistische gegevens werd aangetoond dat de duur van faillissementen toeneemt en dat bij de Faillissementskamer op alle niveaus, van het secretariaat en de griffie tot en met de rechter-commissaris, extra werkzaamheden moeten worden verricht.¹³

Veel andere protesten zijn er niet geweest. Blijkbaar is er door de diverse betrokkenen blind op vertrouwd dat van niet meer dan de beloofde codificatie sprake zou zijn.

Stap 7 - De curator gaat over tot vereffening.

Ook dat is natuurlijk al in een eerder stadium gebeurd. De curator moet immers beoordelen of aan concurrente crediteuren een uitkering kan worden gedaan.

Stap 8 - De curator vraagt een salarisbepaling.

Dit bedrag moet in de uitdelingslijst worden verwerkt. Het probleem hier schuilt in de werkdruk bij de Faillissementskamer. In veel arrondissementen is een wachttijd van drie maanden of meer niet uitzonderlijk.

Stap 9 - De curator maakt een uitdelingslijst op en vraagt de rechter-commissaris om goedkeuring.

Op deze lijst moeten alle preferente crediteuren worden genoemd, ook als ze niets ontvangen. Dit valt onder het hoofdstuk werkverschaffing.

Stap 10 - De curator plaatst een tweede advertentie en schrijft nogmaals aan alle bekende concurrente crediteuren dat zij niets ontvangen.

Commentaar overbodig.

Stap 11 - Iedere crediteur, dus ook een concurrente, kan in verzet komen.

De curator heeft al eerder de mogelijkheid gehad om vorderingen te betwisten. Het is niet erg handig dat de crediteuren nu pas aan de beurt zijn. Betwisting kan van groot belang zijn voor crediteuren en zal dus veelvuldig voorkomen. Want als het verzet wordt toegewezen, komt namelijk extra actief beschikbaar voor de andere crediteuren.

Stap 12 - In geval van verzet zal de curator onvoorziene werkzaamheden moeten verrichten.

Op de vraag om een nieuwe salarisbepaling volgt opnieuw drie maanden wachttijd.

Stap 13 - Welke procedure wordt gevolgd bij verzet is niet duidelijk.

Als de curator bezwaar maakt volgt een renvooiprocedure, maar als een crediteur dat doet is de – daarvoor niet bedoelde – verzetprocedure van toepassing.

Stap 14 - Als een verzet wordt toegewezen zal een nieuwe uitdelingslijst moeten worden gemaakt, of er zal alsnog een verificatievergadering plaatsvinden.

De betrokkenen vertrouwden er blijkbaar op dat de wet niets anders zou brengen dan de beloofde codificatie

Bij de toch al overbelaste Faillissementskamer zal een steeds grotere achterstand in de behandeling van zaken ontstaan omdat door het minder/meer-beleid van Justitie geen extra middelen beschikbaar worden gesteld. De doelstelling is dus niet gerealiseerd; integendeel, de duur en kosten van faillissementen zullen toenemen. Het verzenden van brieven, het plaatsen van advertenties en het voeren van overleg gaan

gepaard met uitgaven en daardoor zullen klachten over peperdure curatoren toenemen. Ten slotte wordt ook het uiteindelijk doel van een faillissement de nek omgedraaid, want de crediteuren zijn slechter af. Met het afleggen van allerlei nodeloze stappen wordt veel nutteloos werk verricht, waardoor er een kleiner bedrag resteert om uit te keren aan de crediteuren. En dat was nou net niet de bedoeling. ■

Noten

- 1 In 1992 werd het wetsontwerp ingediend en op 1 augustus 2002 trad de Wet in werking; zie Tweede Kamer, 1999/2000, 27 199, nr. 3.
- 2 Een actuele versie van de Faillissementswet is te vinden bij www.overheid.nl; wet- en regelgeving.
- 3 Faillissementsschulden zijn schulden die voor de faillietverklaring zijn ontstaan.
- 4 Ook de fiduciaire eigendom bestond nog niet in 1893.
- 5 Tweede Kamer 1999/2000, 27 199, nr. 3, blz. 3.
- 6 Tweede kamer 1999/2000, 27 199, B. p. 1.
- 7 Tweede Kamer, 2000/2001, 27 199, nr. 4, p. 1.
- 8 Tweede Kamer, 2001/2002, 27 199, nr. 5, p. 2.
- 9 Eindrapport MDW-werkgroep modernisering faillissementsrecht, blz. 24.
- 10 Zoals wel bepaald is in art. 110 Fw.
- 11 Art. 126 is van 'overeenkomstige' toepassing, maar art. 121 lid 4 en art. 196 zijn niet van toepassing.
- 12 Rechter-commissarissen in faillissementen (werkgroep van de Vereniging voor Rechtspraak).
- 13 Bij de administratie zelfs met 0,3 fte.