

Vernieuwd insolventieprocesrecht



Prof. mr. A.I.M. van Mierlo*

1. Inleiding

Als het aan de Commissie Insolventierecht ligt, gaat de huidige Faillissementswet grondig op de schop. Beoogd wordt de uit 1893 daterende "oude dame" te vervangen door een nieuwe wet, de Insolventiewet. Het Voorontwerp Insolventiewet is volgens de Commissie voor een niet onbelangrijk deel de codificatie van het huidige insolventierecht. Het kan worden aangemerkt als een grondige renovatie en modernisering van de Faillissementswet, met een aantal aanvullingen.¹ Ook het procesrecht krijgt zijn deel. Dit is in het licht van de geschiedenis van de huidige Faillissementswet opvallend te noemen. Weliswaar heeft de Faillissementswet sedert haar invoering in 1896 talloze wijzigingen ondergaan, doch deze hadden veelal betrekking op bepalingen van materieelrechtelijke aard.² Het faillissementsprocesrecht bleef buiten schot. Dat was ook het geval bij de ingrijpende wetgevingsoperatie tot herziening van het burgerlijk procesrecht voor burgerlijke zaken in 2002³, de nadere aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en enige andere wetten in verband met het nieuwe procesrecht⁴ en de voorstellen van de Commissie Fundamentele Herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht.

Het Voorontwerp Insolventierecht (hierna: het "Voorontwerp" of ook "Vo") bevat verschillende procesrechtelijke vernieuwingen, zoals onder meer de invoering van één geïntegreerde insolventieprocedure, de introductie van nieuwe regels op het gebied van de relatieve competentie en afslanking van de rechtsmiddelen.⁵ Mijn verwachting is dat die vernieuwingen wel overeind zullen blijven, indien het Voorontwerp (ooit) de eindstreep gaat halen. In deze bijdrage wil ik op ieder van deze vernieuwingen nader ingaan, na eerst een aantal opmerkingen te hebben gemaakt over de verhouding tussen het commune burgerlijk procesrecht en het insolventieprocesrecht.

2. Verhouding tussen het commune burgerlijk procesrecht en het insolventieprocesrecht⁶

Leidende procedure in de Faillissementswet is de verzoekschriftprocedure. Faillietverklaring (art. 1 Fw), surseance van betaling (art. 214 Fw) en het aanvragen van de schuldsaneringsregeling (art. 284 Fw) geschiedt bij verzoekschrift. Het eigen karakter van de Faillissementswet brengt met zich dat in art. 362 lid 2 Fw de regeling van de verzoekschriftprocedure zoals neergelegd in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering – Boek 1, Titel 3,

art. 261–291 Rv – niet van toepassing is op verzoeken ingevolge de Faillissementswet. Of dit altijd gelukkig is, valt te betwijfelen. Er zijn zeker gevallen denkbaar waarin toepassing van een bepaling uit de derde titel geen enkel probleem oplevert.⁷ Hoewel de Faillissementswet daarover niets bepaalt, geldt de uitsluiting van toepasselijkheid van 'commune' regels met betrekking tot de verzoekschriftprocedure naar mijn mening evenzeer voor de regeling van het hoger beroep (art. 358–362 Rv). Ware dit niet het geval, dan zou het in art. 8 e.v. Fw neergelegde – in mijn ogen toch tamelijk ingewikkelde – systeem van het aanwenden van rechtsmiddelen worden doorkruist.⁸ Voor het beroep in cassatie is, zo dunkt mij, een uitsluiting van de in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering neergelegde regeling (art. 426–429 Rv) niet noodzakelijk. Een uitzondering in dat verband geldt echter voor het bepaalde in art. 426 Rv, omdat die bepaling (i) betrekking heeft op een te ruime groep van personen die cassatieberoep kunnen instellen⁹, en voorts (ii) een voor de – gewenste snelle en efficiënte – procedure tot faillietverklaring afwijkende, want veel te lange cassatietermijn kent.

* Advocaat te Rotterdam, hoogleraar burgerlijk procesrecht Erasmus Universiteit Rotterdam, redacteur van het WPNR. (toon.vanmierlo@nautadutilh.com)

1. Zie Geschiedenis van de Faillissementswet (deel 2-IV), Voorontwerp Insolventiewet, Kluwer: Deventer 2007, p. X.
2. Vgl. voor een – gebundeld – overzicht: Kortmann/Faber, Geschiedenis van de Faillissementswet (deel 2-III), Wetswijzigingen, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1995.
3. Zie Parl. Gesch. Burg. Procesrecht (Van Mierlo/Bart), Kluwer: Deventer 2002.
4. Wet van 8 september 2005, *Stb.* 2005, 455.
5. Verder valt te noemen de verduidelijking en modernisering van de huidige art. 25–32 Fw in Afdeling 3.5 – Procedures. Zie daaromtrent nader de Toelichting, p. 251 e.v.
6. Zie in dat verband ook A.I.M. van Mierlo, De procedure tot faillietverklaring in het licht van het commune procesrecht, *TvJ* 1998, p. 4–13.
7. Zie bijv. met betrekking tot art. 281 Rv (herstel procureursverzuim) Hof Arnhem 31 maart 2003, *JBP* 2004/2.
8. In dezelfde zin A-G Wesseling van Gent in haar conclusie (sub.2.15) vóór HR 20 april 2007, *NJ* 2007, 243 (Pick&Pack/Unique Logistics).
9. Te weten: "degenen, die in een der vorige instantiën verschenen zijn", hetgeen m.i. in het kader van het faillissementsprocesrecht moet worden verstaan als "degenen, die in een der vorige instantiën zijn verschenen op grond van de in de Faillissementswet neergelegde regeling". Vgl. in dit verband HR 14 december 2007, *NJ* 2008, 6 (GIN c.s./Qnow Beheer). Zie voorts HR 20 april 2007, *NJ* 2007, 243 (Pick&Pack/Unique Logistics).

Het Voorontwerp vaart min of meer dezelfde koers. Art. 1.1.5 lid 2 Vo bepaalt met zoveel woorden dat de regels betreffende de verzoekschriftprocedure, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep, uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering niet van toepassing zijn op zaken ingevolge de Insolventiewet. De bepalingen over beroep in cassatie worden niet uitgesloten. Zij vormen, aldus de Toelichting¹⁰, een algemene regeling die ook in insolventiezaken kan worden toegepast, voor zover daarvan in de Insolventiewet niet is afgeweken. De afwijkingen waarop de Toelichting doelt betreffen dan de groep van personen die cassatieberoep kunnen instellen en de termijn voor het instellen van beroep in cassatie. Wat het eerste betreft bepaalt art. 2.3.3 Vo dat tegen een beschikking van het gerechtshof beroep in cassatie openstaat voor degenen die in een van de vorige instanties zijn verschenen. Waartoe zulks in concreto leidt, bespreek ik hierna onder nr. 5 in het kader van de rechtsmiddelen. Wat betreft de termijn van cassatieberoep kiest art. 2.3.5 Vo voor een termijn van veertien dagen na de dag van de beschikking, waar art. 12 lid 1 Fw nog een termijn kent van acht dagen.

Naast de uitsluiting van de derde titel en de zevende titel, vierde afdeling van Boek 1 van het Wetboek Burgerlijke Rechtsvordering in art. 1.1.5 lid 2 Vo kent ook art. 1.1.5 lid 1 Vo een uitsluiting. In krakkemikkige bewoordingen bepaalt het:

“Op zaken ingevolge deze wet is, voor zover dit uit deze wet of uit de aard van de zaken voortvloeit, het eerste boek, eerste titel, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering niet van toepassing”

waarmee de Commissie lijkt te willen zeggen dat de algemene bepalingen in art. 1-77 Rv van toepassing zijn, behoudens voor zover uit de Insolventiewet of uit de aard der zaken anders voortvloeit.¹¹

Hoewel mogelijk de indruk kan ontstaan dat op zaken ingevolge de Insolventiewet het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing is, behoudens de beperkingen in art. 1.1.5 Voorontwerp¹², past op dit punt enige voorzichtigheid. Zo zal ook onder vigeur van de Insolventiewet gelden dat tegen een beslissing op een verzoek tot faillietverklaring niet het (buitengewoon) rechtsmiddel van herroeping (art. 390-391 Rv) openstaat.¹³

3. De geïntegreerde insolventieprocedure met één rechtsingang

Zoals bekend, maakt de Faillissementswet een onderscheid tussen faillissement (art. 1-213*kk*), surseance van betaling (art. 214-283) en de schuldsanering natuurlijke personen (art. 284-362 Fw) met ieder hun bijzondere – en daardoor nogal eens afwijkende – procesrechtelijke regels. De Insolventiewet maakt aan deze driedeling een einde en introduceert één geïntegreerde procedure. Deze

procedure strekt tot tegeldemaking van het gehele vermogen van de schuldenaar en verdeling van de opbrengst onder de gezamenlijke schuldeisers of tot sanering van de schulden van de schuldenaar. Is de schuldenaar een natuurlijk persoon, dan bestaat ook de mogelijkheid tot verkrijging van een schone lei, waardoor betaling van schulden die na het einde van de procedure resteren, niet langer kan worden afgedwongen. Heeft de schuldenaar een onderneming, dan wordt deze zoveel als mogelijk voortgezet. Vanuit insolventierechtelijk oogpunt is de winst van één geïntegreerde procedure evident. De keuze voor de wijze van afwikkeling behoeft niet “aan het begin van de rit” te worden gemaakt, maar kan worden gemaakt tijdens de procedure op basis van de dan voorliggende omstandigheden en onder leiding van een onafhankelijke deskundige, de bewindvoerder.¹⁴

Met één geïntegreerde insolventieprocedure wordt ook in procesrechtelijk opzicht winst geboekt, te weten: een uniforme rechtsingang, waarbij tevens een einde wordt gemaakt aan de – eerder door mij verzuchte¹⁵ – vanuit een procesrechtelijk oogpunt terminologische wanorde in de Faillissementswet. De ‘Voorontwerpers’ hebben hun les netjes geleerd. Het Voorontwerp spreekt, zoals het in de procesrechtelijke terminologie hoort, over de insolventverklaring die wordt verzocht (art. 2.2.1 Vo), de inhoud van het verzoekschrift (art. 2.2.3 en 2.2.4 Vo) en de beschikking op het verzoek tot insolventverklaring (art. 2.2.8 Vo).

Het insolventieprocesrecht is in het Voorontwerp hoofdzakelijk neergelegd in Titel 2. Het opschrift daarvan luidt: De procedure tot insolventverklaring. Titel 2 is opgebouwd in drie afdelingen: Relatieve bevoegdheid (Afd. 2.1, art. 2.1.1-2.1.2 Vo), Insolventverklaring (Afd. 2.2, art. 2.2.1-2.2.10 Vo) en Rechtsmiddelen (Afd. 2.3, art. 2.3.1-2.3.13).

De regeling van Afd. 2.2. bevat weinig spectaculairs en ‘schuurt’ op sommige onderdelen aan tegen de commune regels uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. In het bijzonder valt te wijzen op (i) art. 2.2.3 Vo dat in lid 1 wat betreft de inhoud van het verzoekschrift grotendeels is ontleend aan art. 278 Rv, (ii) art. 2.2.6 Vo dat in lid 1 wat betreft de behandeling van het verzoekschrift vrijwel gelijk is aan art. 279 lid 1 Rv en in lid 2-4 in het kader van de oproeping aansluit bij de oproepingsregels van de ver-

10. Aldus de Toelichting op art. 1.1.5 lid 2 Vo. Zie Geschiedenis van de Faillissementswet (deel 2-IV), p. 174.

11. In dezelfde zin: W.G.L. Giacometti-Vermeer en M. Ynzonides, Het voorontwerp Insolventiewet bezien vanuit procesrechtelijk oogpunt, *TvJ* 2008, p. 39.

12. Zie in die zin: W.G.L. Giacometti-Vermeer en M. Ynzonides, t.a.p., p. 40.

13. Zie HR 7 maart 2003, *JOL* 2003, 226. Zie ook met betrekking tot – de voorloper van de herroeping – request-civiel: HR 9 december 1983, *NJ* 1984, 384, m.nt WHH (Zuidervijk/NMB).

14. Zie voor dit alles de Toelichting, p. 137.

15. Zie voetnoot 5.

zoekschriftprocedure uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (art. 271 e.v. Rv), (iii) art. 2.2.7 lid 1 Vo dat deels is ontleend aan art. 286 Rv, en (iv) art. 2.2.8 Vo dat voor de inhoud van de beschikking aanknoopt bij – het ook in art. 287 lid 1 Rv genoemde – art. 230 Rv.

Thans ga ik afzonderlijk in op de wijziging van de regels omtrent relatieve competentie (nr. 4) en de rechtsmiddelen (nr. 5).

4. Relatieve competentie (Afd. 2.1)

De Faillissementswet wijst in art. 2 Fw de rechtbank van de woonplaats van de schuldenaar als de relatief bevoegde rechter aan. Eenzelfde aanwijzing geldt voor de surseance van betaling (art. 214 lid 2 Fw) en de schuldsanering natuurlijke personen (art. 284 lid 2 Fw). Het Voorontwerp sluit daarop naadloos aan in art. 2.1.1 Vo, met dien verstande dat het Voorontwerp opteert voor één relatief bevoegde rechtbank per ressort en wel de rechtbank van de vestigingsplaats van de hoven. Concentratie van rechtspraak bij één gerecht is in het huidige Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geen novum meer te noemen. Van tamelijk recente datum is onder meer art. 1013 lid 3 Rv dat bepaalt dat het Gerechtshof Amsterdam bij uitsluiting bevoegd is tot kennisneming van verzoekschriften tot verbindendverklaring van overeenkomsten strekkende tot collectieve schadeafwikkeling.

In een tijdgewricht waar het recht – en zeker ook het insolventierecht – complexer wordt, valt concentratie van rechtspraak ten zeerste toe te juichen. Te verwachten valt dat zij leidt tot een specifiekere deskundigheid bij de rechtbanken in kwestie (in het bijzonder moet daarbij worden gedacht aan de rechters-commissarissen) en daarmee tot kwalitatief goede, zo niet betere afwikkeling van een insolventverklaring. Aan concentratie van rechtspraak zit in geografisch opzicht ook een keerzijde, die in het bijzonder voor de schuldenaar-natuurlijk persoon niet moet worden onderschat. De insolventverklaring zal in sommige gevallen op grotere afstand moeten worden verkregen dan onder vigeur van de huidige Faillissementswet. Of dit tot onoverkomelijke bezwaren leidt, zal de toekomst leren. Vooralsnog denk ik dat het allemaal wel mee zal vallen. De Toelichting¹⁶ heeft in ieder geval oog voor deze – onbedoelde – consequentie van de voorgestelde concentratie door de mogelijkheid te opperen van een decentrale behandeling op de voet van het Besluit nevenvestigings- en nevenzittingsplaatsen¹⁷, waarbij meest voor de hand liggend is dat de Toelichting doelt op een behandeling van het verzoekschrift in één van de in art. 2 van het Besluit genoemde nevenzittingsplaatsen van de gerechtshoven.

Denkbaar is dat een verzoek tot insolventverklaring wordt ingediend bij een relatief onbevoegde rechter. De algemene regeling van de verzoekschriftprocedure in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bevat voor kwesties verband houdende met relatieve onbevoegdheid

een nadere regeling in art. 270 Rv. Hoofddregel is dáár, dat de rechter zijn relatieve bevoegdheid ambtshalve onderzoekt en, in geval van onbevoegdheid, de zaak in de stand waarin deze zich bevindt verwijst naar de bevoegde rechter. De rechter naar wie de zaak is verwezen, is aan de verwijzing gebonden (art. 270 lid 3 Rv). Het Voorontwerp sluit hierop vrijwel naadloos aan met een soortgelijke regeling in art. 2.1.2 Vo.

5. Rechtsmiddelen (Afd. 2.2)

De rechtsmiddelen kwamen hierboven reeds kort aan de orde. Beperk ik mij tot de gewone rechtsmiddelen – herroeping als buitengewoon rechtsmiddel is in het Voorontwerp gelijk in de Faillissementswet niet aan de orde¹⁸ –, dan kent de algemene regeling van de verzoekschriftprocedure in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering slechts twee rechtsmiddelen, te weten het hoger beroep en het beroep in cassatie. Het Voorontwerp voegt daaraan, gelijk de Faillissementswet, nog een derde toe: het verzet.

De regeling van deze drie rechtsmiddelen is ten opzichte van die in de Faillissementswet gestroomlijnd en gemoderniseerd. Vermeldenswaard is dat art. 2.3.5 Vo een uniforme termijn voorstelt van veertien dagen, waarmee een einde komt aan het huidige verschil tussen de termijn voor verzet door de schuldenaar (veertien dagen, art. 8 lid 2 Fw) en de overige termijnen (van telkens acht dagen; zie art. 8 lid 3, art. 9 lid 1, art. 10 lid 1 en art. 11 lid 1 Fw).

Over elk van de drie genoemde rechtsmiddelen wil ik een aantal opmerkingen maken. Ik begin met het verzet.

Verzet (art. 2.3.1 Vo)

De mogelijkheid van verzet tegen de faillietverklaring in eerste aanleg dan wel appel staat onder de Faillissementswet open voor (i) de schuldenaar die niet is gehoord (art. 8 lid 2 Fw), (ii) elke schuldeiser, met uitzondering van hem die de faillietverklaring heeft verzocht (art. 10 lid 1 Fw), en (iii) andere belanghebbenden (art. 10 lid 1 Fw). Beide laatstgenoemden kunnen zich bedienen van de mogelijkheid van verzet, ongeacht of zij bij de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring zijn verschenen. Heeft het verzet niet het gewenste effect, dan staat voor betrokkenen nog altijd hoger beroep of in voorkomend geval beroep in cassatie open (art. 8 lid 3 Fw en art. 11 lid 1 Fw).

Ik gaf reeds eerder aan dat de regeling van het verzet bij voorkeur zou moeten worden geschrapt.¹⁹ Verzet wordt hier op een andere wijze ingezet dan waarvoor het rechtsmiddel oorspronkelijk bedoeld is (te weten teneinde een

16. Zie Toelichting, p. 184.

17. Besluit van 10 december 2001, *Stb.* 616, laatstelijk gewijzigd bij Besluit van 21 juli 2007, *Stb.* 281 en 282.

18. Zie voetnoot 12.

19. Zie mijn – hierboven in voetnoot 5 reeds genoemde – bijdrage in *TvI* 1998, p. 4 e.v., in het bijzonder p. 11 (wat betreft de schuldenaar) en p. 12 (wat betreft schuldeiser en andere belanghebbenden).

snelle herbeoordeling mogelijk te maken in plaats van voorkoming van het verlies van een instantie), maakt de procedure nodeloos ingewikkeld en draagt niet bij tot een snelle en efficiënte procesvoering. Mijn "gebeden" lijken in het Voorontwerp gedeeltelijk te zijn verhoord. Het verzet van de schuldeiser-niet verzoeker en andere belanghebbenden komt in het Voorontwerp niet meer terug. Art. 2.3.1 Vo kent nog louter de mogelijkheid van verzet door de schuldenaar, die op het verzoek tot insolventverklaring (lid 1) dan wel in hoger beroep (lid 2) niet is gehoord. Of deze regeling nu wel echt nodig is, valt te betwijfelen. Uitgaande van een behoorlijke oproeping van de schuldenaar kan toch worden volstaan – zoals ik reeds in 1998 bepleitte²⁰ – met hoger beroep. De Commissie Insolventierecht meent dat dit niet het geval is en voert daartoe – in mijn ogen niet erg overtuigend – aan:

"Anderzijds moet bedacht worden dat de terechtzitting voor behandeling van dit soort verzoeken in het algemeen op korte termijn wordt gepland en dat het daardoor toch kan voorkomen dat bijvoorbeeld een door de administratie van een rechtspersoon aangenomen oproep de directie niet tijdig bereikt of dat oproepen door huisgenoten worden aangenomen, maar niet (tijdig) aan de verweerder worden doorgeleid. Ook kan het zich voordoen dat de verweerder de oproeping heeft ontvangen, in overleg met de verzoeker is getreden en op grond daarvan heeft aangenomen dat deze ter zitting aanhouding zou verzoeken, hetgeen echter feitelijk niet is geschied. In dergelijke gevallen biedt verzet de niet gehoorde schuldenaar een snelle wijze – sneller dan een hoger beroep bij het gerechtshof – om een herbeoordeling te verkrijgen van de beslissing tot insolventverklaring."

Hoger beroep (art. 2.3.2 Vo)

Met het beperken van de mogelijkheid tot verzet neemt het belang van de regeling van het hoger beroep toe. Tegen een door de rechtbank gegeven beschikking waarbij de insolventverklaring is uitgesproken of na verzet (door de schuldenaar, zie hierboven) in stand is gebleven kan door de schuldenaar, elke schuldeiser of andere belanghebbende, de curator in een buitenlandse hoofdprocedure en het Openbaar Ministerie in hoger beroep worden gekomen. De verzoekende schuldeiser of schuldenaar zijn niet ontvankelijk in hun hoger beroep, omdat zij geen belang hebben.

Denkbaar is dat een verzoek tot insolventverklaring in eerste aanleg wordt afgewezen of dat de insolventverklaring op verzet is vernietigd. Art. 2.3.2 lid 2 Vo bepaalt voor dergelijke gevallen dat het hoger beroep dan slechts kan worden gedaan door degene die het verzoek tot insolventverklaring heeft gedaan. Op die wijze wordt, aldus de Toelichting²¹ voorkomen dat het oorspronkelijk verzoek tot insolventverklaring wordt "overgenomen" door een andere partij. Het bepaalde in art. 2.3.2 lid 2 Vo komt in wezen overeen met het bepaalde in art. 11 lid 2 Fw.

Beroep in cassatie (art. 2.3.3)

Art. 2.3.3 Vo bepaalt dat tegen een beschikking van het gerechtshof beroep in cassatie openstaat voor degenen die in een van de vorige instanties zijn verschenen. Deze bepaling kwam hierboven onder nr. 2. reeds kort ter sprake. Onder "degenen die in een van de vorige instanties zijn verschenen" dient mijns inziens te worden verstaan "verschenen op de voet van de Insolventiewet". Illustratief in dit verband is de kwestie die heeft geleid tot HR 14 december 2007, NJ 2008, 6 inzake GIN c.s./Qnow Beheer BV. Het betrof daar het volgende. Qnow wordt op verzoek van Eickhof failliet verklaard. Qnow gaat in hoger beroep en verzoekt vernietiging van het vonnis tot faillietverklaring en afwijzing van het door Eickhof gedane verzoek. Eickhof verzoekt bij verweerschrift het beroep ongegrond te verklaren met bekrachtiging van het vonnis van de rechtbank. Bij aanvullend verweerschrift trekt Eickhof het verzoek tot faillietverklaring in. GIN c.s. zijn schuldeisers van Qnow en dienen evenzeer een verweerschrift in waarin wordt verzocht het vonnis te bekrachtigen. In zijn arrest vernietigt het hof het vonnis tot faillietverklaring en wijst het verzoek tot faillietverklaring af. GIN c.s. stellen beroep in cassatie in. De Hoge Raad verklaart GIN c.s. niet-ontvankelijk in het cassatieberoep. Hij overweegt in dat verband:

"Nu GIN c.s. niet de faillietverklaring van Qnow hebben verzocht noch tegen de faillietverklaring het rechtsmiddel van verzet hebben aangewend, behoren zij niet tot de in artikel 12 Fw genoemde schuldeisers of belanghebbenden die van het arrest van het hof in cassatie konden komen. Dat zij in hoger beroep een verweerschrift hebben ingediend maakt dit niet anders. Het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in de Faillissementswet verzet zich ertegen dat zij daarmee partij werden in het hoger beroep en op grond van artikel 12 Fw uit dien hoofde in cassatie konden komen."

Vraag is of onder vigeur van de Insolventiewet vorenstaande uitspraak anders luidt. Ik zou menen van niet. GIN c.s. konden tegen de beschikking geen hoger beroep instellen op de voet van art. 2.3.2 Vo en zijn daarmee niet te beschouwen als "degenen die in een van de vorige instanties zijn verschenen".

20. Zie *TvI* 1998, p. 11, waarin ik voorstelde de oproeping bij exploit te laten plaatsvinden, aldus dat een afschrift van het ter griffie ingediende verzoekschrift wordt betekend aan de schuldenaar en in het betekeningsexploot de oproeping wordt opgenomen, met vermelding van plaats en tijdstip van handeling.

21. Toelichting, p. 210.

6. Besluit

Mijn conclusie is kort. De voorgestelde procesrechtelijke wijzigingen verdienen de schoonheidsprijs. Op een enkel onderdeel gaat het Voorontwerp mijns inziens niet ver genoeg. Ik noem in het bijzonder de slechts gedeeltelijke schrapping van de mogelijkheid van verzet.

Eén punt dat ik in deze bijdrage in het geheel niet heb aangevoerd is dat van de controle op het handelen van de bewindvoerder, meer in het bijzonder de vraag bij wie moet worden opgekomen tegen een beslissing van die toezichthouder. Ondanks de vernieuwingsdrang van de Commissie Insolventierecht is op dat punt (vrijwel²²) alles bij het oude gebleven. De rechter-commissaris blijft de 'supervisor' (art. 4.3.1 Vo). Is men het met zijn beslissing niet eens, dan wende men zich – zo art. 4.3.6 lid 1 Vo dat toestaat²³ – tot de rechtbank. Voor zulk een – in wezen – intern appel bestaat mijns inziens heden ten dage proces-

rechtelijk geen enkele rechtvaardiging meer. De transparantie is (meer) gediend met de mogelijkheid van een heuse beroepsmogelijkheid bij een hogere rechter, het hof. Mogelijk zien we die gedachte terug tegen de tijd dat het Voorontwerp door justitie verder ter hand genomen gaat worden.

22. Ten opzichte van art. 64 Fw is in de eerste zin van art. 4.3.1 Vo tot uitdrukking gebracht dat het (ambtshalve) toezicht van de rechter-commissaris zich richt op de algemene gang van zaken bij het bestuur van de boedel. Als tweede onderdeel van de taak van de R-C is in art. 4.3.1 Vo uitgedrukt dat hij de bij het bestuur van de boedel rijzende geschillen beslecht. Zie nader Toelichting, p. 298-299.
23. Vgl. voor het huidige recht: art. 67 lid 1 Fw. Zie in dat verband HR 18 april 2008, RvdW 2008, 448 (Benedik/Udo en Van Bergen q.q.), waarin – m.i. terecht – wordt geleerd dat degene tegen wie de curator (door de R-C) gemachtigd wordt een procedure aan te spannen niet gerechtigd is op de voet van art. 67 lid 1 Fw hoger beroep in te stellen.

Afkoelen en warmhouden*

Gebruiks- en vergoedingsrechten en de doorleveringsplicht tijdens de afkoelingsperiode



Mr. W.J.M. van Andel**

1. Inleiding

De historie van de afkoelingsperiode gaat terug tot 1980. Naar aanleiding van een bespreking op 19 maart 1980 met een aantal faillissementscuratoren op het Ministerie van Justitie over de gevolgen van de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 NBW voor de Faillissementswet¹, werden nog in datzelfde jaar de huidige art. 63a en 241a Fw verwerkt in de Ontwerp-Invoeringswet². Zij zijn met ingang van 1 januari 1992 in werking getreden. De regeling heeft sinds haar invoering nogal wat kritiek ontmoet. Kortmann sprak zelfs van ondoordachte wetgeving³. De pijlen van de critici richten zich met name op het ontbreken van een regeling betreffende gebruik, verbruik en vervreemding van de "afgekoelde" goederen door de curator in het kader van de continuering van de onderneming⁴. Het Voorontwerp beoogt aan deze kritiek tegemoet te komen, maar bevat op zijn beurt enkele in mijn ogen minder gelukkige keuzes, zoals hierna in paragraaf 2 zal worden toegelicht. Vervolgens zal in paragraaf 3 de doorleveringsplicht aan de orde komen. Dat het enigszins voor de hand ligt om afkoelingsperiode en doorleveringsplicht in dezelfde bijdrage te bespreken, houdt verband met het feit dat in het Voorontwerp de doorleveringsplicht beperkt wordt tot de duur van de afkoelingsperiode⁵. Buiten gevallen waarin de

eerste levensbehoeften van een natuurlijk persoon in het geding waren⁶, kende ons recht tot 2005 geen plicht tot doorlevering van (sommige) wederpartijen van een gefail-

* De term is afkomstig van A.I.M. van Mierlo, Warmhouden, afkoelen en bevriezen tijdens surseance, WPNR 94/6145, p. 513-515.

** Advocaat te Utrecht.
(vanandel@wijnstael.nl)

1. Zie M.J. van der Aa, De afkoelingsperiode in faillissement, 2007, p. 8.
2. Voorstel van Wet, houdende Invoeringswet Boeken 3-6 Nieuw BW eerste gedeelte, bevattende wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Wet op de rechterlijke organisatie en de Faillissementswet, Kamerstukken II, 1980/81, 16.593, nrs. 1-2. Art. 241a Fw was toen nog genummerd als art. 241b. De enige wijziging die gedurende het wetgevingsproces nog is doorgevoerd betreft de keuze om de afkoelingsperiode niet van rechtswege te laten gelden, maar pas na een beschikking van de rechtbank c.q. de rechter-commissaris.
3. S.C.J.J. Kortmann, De afkoelingsperiode van art. 63a Fw: ondoordachte wetgeving, in: Financiering en aansprakelijkheid, Zwolle 1994, p. 149-161.
4. Zie onder meer S.C.J.J. Kortmann, t.a.p., p. 152-155.
5. Een uitzondering geldt slechts voor zover het gaat om het geregeld ter beschikking stellen of verlenen van diensten, benodigd voor de eerste levensbehoeften van een natuurlijk persoon. Ik laat die uitzondering in deze bijdrage verder onbesproken.
6. Zie HR 20 maart 1981, NJ 1981, 640, m.nt. CJHB inzake Veluwe nutsbedrijven.