



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

100107/1001201

aan _____

De Minister van Veiligheid en Justitie
 mr. I.W. Opstelten
 Postbus 20301
 2500 EH Den Haag

Directie Strategie en
 Ontwikkeling

Ministerie van Justitie
 DBOB/DIR/OAB/AL-OD

Dossier _____

Datum _____

Nummer _____

Amd. _____

bezoekadres
 Kneuterdijk 1
 2514 EM Den Haag

correspondentieadres
 Postbus 90613
 2509 LP Den Haag

t (070) 361 97 23
 f (070) 361 97 46
 www.rechtspraak.nl

datum 22 september 2011

uurtijdstip _____

onderwerp Aanvullend advies over toevoeging faillissement bij
 Wetsvoorstel aanpassing WCAM

Geachte heer Opstelten,

Bij brief van 26 augustus 2011, kenmerk 5707928/11/6 verzocht u de Raad voor de rechtspraak (de "Raad") een aanvullend advies uit te brengen inzake het wetsvoorstel Wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Faillissementswet teneinde de collectieve afwikkeling van massavorderingen verder te vergemakkelijken (Wet tot wijziging van de Wet collectieve afwikkeling massaschade) (het "Wetsvoorstel").

De Raad heeft over een eerdere versie van het wetsvoorstel reeds op 22 april 2011 advies uitgebracht.¹ In de consultatiefase hebben ook de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA), de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) en de Stichting Afwikkeling Massaschade (SAM) adviezen uitgebracht. Naar aanleiding van de consultatie is het wetsvoorstel op een aantal punten aangepast. Een van die punten betreft de toevoeging van enkele wijzigingen in de Faillissementswet ("Fw") om toepassing van de Wet collectieve afwikkeling massaschade (de "WCAM") in een faillissementssituatie te regelen. Nu het onderdeel houdende aanpassing van de Faillissementswet pas na het advies van de Raad aan het Wetsvoorstel is toegevoegd, wordt de Raad thans in de gelegenheid gesteld aanvullend te adviseren.

De voorgestelde aanpassingen van de Faillissementwet in het thans voorliggende Wetsvoorstel hebben tot doel de mogelijkheden om binnen een faillissement gebruik te maken van de WCAM te verbeteren. Het Wetsvoorstel voorziet in een zodanige aanpassing van de Faillissementswet dat vorderingen waarop schuldeisers krachtens een verbindend verklaarde WCAM-overeenkomst aanspraak maken, niet meer ter verificatie behoeven te worden ingediend. Blijkens de Memorie van de Toelichting is de gang van zaken aldus dat de WCAM-procedure de kostbare en tijdrovende verificatieprocedure vervangt, waarna de aanspraken krachtens de WCAM-overeenkomst vervolgens door plaatsing op de uitdelingslijst volgens de gewone regeling van de vereffening worden voldaan.

¹ Advies Wet tot wijziging van de Wet collectieve afwikkeling massaschade van 22 april 2011, 2011/13.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 22 september 2011
kenmerk
pagina 2 van 6

Gehoord de gerechten, adviseert de Raad als volgt.²

Advies

Gevolgen van de toevoeging van artikel 110, derde lid, Fw

In het Wetsvoorstel wordt voorgesteld om vorderingen die zijn gebaseerd op een algemeen verbindend verklaarde WCAM-overeenkomst, niet langer ter verificatie in het faillissement in te dienen als bedoeld in artikel 110 Fw. In het nieuwe derde lid van artikel 110 Fw zijn op de WCAM-vorderingen van toepassing verklaard de artikelen 128 (lopende interesten), 133 (onbepaalde waarde) en 136 (hoofdelijkheid) Fw. De toepasselijkheid van de overige artikelen met betrekking tot verifiëren is naar de mening van de Raad echter niet geheel duidelijk. Moet uit de expliciete vermelding van artikelen 128, 133 en 136 Fw in het nieuwe derde lid van artikel 110 Fw worden afgeleid dat alle overige niet genoemde artikelen met betrekking tot verifiëren *niet* van overeenkomstige toepassing zijn? Als de keuze wordt gemaakt de WCAM-vorderingen buiten de verificatie te houden, dan zou er naar de mening van de Raad voor alle artikelen die zien op verificatie moeten worden nagegaan of steeds duidelijk is voor welke vorderingen ('gewone' vorderingen en/of WCAM-vorderingen) deze gelden. Om mogelijke analoge toepassing uit te sluiten verdient het naar de mening van de Raad aanbeveling om het Wetsvoorstel en/of de toelichting op dit punt nader te verduidelijken en aan te vullen.

Als het inderdaad de bedoeling is van de wetgever dat de overige artikelen betreffende verificatie niet van overeenkomstige toepassing zijn, dan brengt dat onder meer mee dat de mogelijkheid van betwisting door de andere schuldeisers en verwijzing naar de renvooiprocedure voor deze vorderingen niet langer bestaat. Crediteuren (artikel 119 Fw) en de gefailleerde (artikel 126 Fw) wordt zo de mogelijkheid ontnomen een 'WCAM-vordering' te betwisten.³

² De Raad voor de rechtspraak heeft op grond van artikel 95 Wet op de rechterlijke organisatie een wettelijke adviestaak met betrekking tot nieuwe wets- en beleidsvoorstellen die gevolgen hebben voor de rechtspraak. De adviezen worden vastgesteld na overleg met de gerechten. De Raad voor de rechtspraak is een adviescollege in de zin van artikel 79 en 80 van de Grondwet. Bij het opstellen van zijn adviezen beoordeelt de Raad de voorgenomen wet- en regelgeving in het bijzonder op de gevolgen voor de organisatie en de werklast van de gerechten en op de (praktische) toepasbaarheid en uitvoerbaarheid. Rechters zijn bij de behandeling van individuele zaken niet gebonden aan de inhoud van de wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak.

³ Thans is voldoende op de verificatievergadering te verschijnen en te laten weten dat en waarom de vordering wordt betwist. Er is geen verplichting tot procesvertegenwoordiging. Anderszijds moet in de renvooiprocedure die volgt op de betwisting wel een advocaat zich voor de betwister stellen, anders wordt hij geacht zijn vordering te hebben laten varen (artikel 122, tweede lid, Fw).



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 22 september 2011
kenmerk
pagina 3 van 6

De toelichting op het Wetsvoorstel merkt daarover op dat zulks niet bezwaarlijk is omdat “de mogelijkheid van betwisting door een schuldeiser in het faillissement van een in de WCAM-overeenkomst opgenomen (groep van) aanspraken, hem reeds eerder is geboden, namelijk met de bevoegdheid om als belanghebbende in de WCAM-procedure een verweerschrift in te dienen. Deze schuldeisers zijn in geval van faillissement belanghebbende in de WCAM-procedure, omdat de aanspraken die krachtens de WCAM-overeenkomst worden toegekend aan de personen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten, ook rechtstreeks van invloed zijn op hetgeen deze schuldeisers uiteindelijk verkrijgen.”

Deze redenering is vanuit het perspectief van de WCAM om twee redenen problematisch. Ten eerste geldt dat ter gelegenheid van de behandeling van een WCAM-verzoek veelal nog niet zal vast staan wie de individuele personen zijn die behoren tot de groep ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten. Ook de concrete aard en omvang van hun (mogelijke) vordering zal op dat moment nog niet vast staan. Artikel 7:907, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek (het “BW”) schrijft slechts voor dat een zo nauwkeurig mogelijke aanduiding wordt gegeven van het aantal personen dat tot de groep behoort en dat wordt omschreven op welke wijze de aan die personen toekomende vergoeding wordt vastgesteld. Dit betekent dat het voor de overige schuldeisers in het faillissement niet goed mogelijk zal zijn om al in het kader van de WCAM-procedure het bestaan van individuele vorderingen concreet te betwisten. Ten tweede geldt dat de behandeling van een verzoek tot algemeen verbindend verklaring zich niet goed leent voor de beoordeling van de betwisting van individuele vorderingen. De WCAM-procedure beoogt juist door te abstraheren van het individuele geval een snelle doelmatige afwikkeling van een groot aantal gelijksoortige schadegevallen. Artikel 119 FW ziet op de betwisting van concrete individuele vorderingen van medeschuldeisers, die bij de behandeling van de WCAM-procedure zelf niet vertegenwoordigd zullen zijn.

Indien, zoals in de toelichting wordt voorgesteld, door de overige schuldeisers in het faillissement in de WCAM-procedure, bij verweerschrift betwisting zal kunnen worden gedaan van individuele vorderingen in het faillissement, zal dit enerzijds een snelle en doelmatige afdoening in het kader van de WCAM-procedure kunnen belemmeren, terwijl daarmee anderzijds geen volwaardig alternatief wordt geboden voor de thans op grond van artikel 119 Fw bestaande mogelijkheid van betwisting, eventueel gevolgd door renvooi.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 22 september 2011
kenmerk
pagina 4 van 6

Uitdeling

In de huidige praktijk staat het feit dat de 'massaclaims' nog niet zijn geverifieerd niet in de weg aan uitdeling aan de wel reeds geverifieerde vorderingen. In het faillissement van de DSB-bank zijn curatoren bijvoorbeeld al begonnen met de uitdeling aan erkende crediteuren terwijl een groot aantal vorderingen in verband met onder andere gestelde schendingen van de zorgplicht nog niet zijn geverifieerd of anderszins vastgesteld. Deze crediteuren hebben bericht gekregen dat hun vorderingen op een later te houden 'bezemvergadering' (artikel 178 Fw) alsnog zullen worden geverifieerd. Dit zal mogelijk zijn na afronding van de WCAM-procedure. Als de Raad het goed begrijpt, dan staat het nieuwe artikel 179 Fw aan deze praktijk in de weg. Er kan volgens dit artikel worden uitgedeeld aan de geverifieerde crediteuren en aan de crediteuren bedoeld in artikel 110, derde lid, Fw. Er lijkt dus te moeten worden gewacht met uitdelen aan de geverifieerde crediteuren tot na de afronding van de WCAM-procedure. De Raad vraagt zich af of dat wenselijk is. In ieder faillissement, ook die waarin WCAM-claims spelen, zijn er immers leveranciers en andere schuldeisers die een eenvoudige vordering hebben en die er baat bij hebben zo snel mogelijk te worden betaald. De Raad acht het onwenselijk dat ook deze crediteuren lang moeten wachten op de uitkomst van een WCAM-procedure waar zij op geen enkele wijze bij betrokken zijn. Beter lijkt het de Raad (uiteraard met reservering voor de toekomstige uitdeling aan de WCAM-schuldeisers) vast aan de geverifieerde schuldeisers uit te delen. Dit zou een aanpassing vergen van artikel 181 Fw. Bijkomend voordeel van gefaseerd uitdelen is ook dat het hele dossier voor de curator en de afdeling insolventies van de rechtbank beter te overzien valt en dat het werk dat samenhangt met de uitdeling aan (soms honderden schuldeisers) in tijd wordt verspreid.

Herstelmogelijkheden crediteuren

Crediteuren die te laat een vordering indienen vinden thans in de artikelen 127, 178 en 186 Fw mogelijkheden hun vordering alsnog in te dienen, ook als zij een 'WCAM-vordering hebben. Zelfs als zij hun vordering helemaal niet indienen blijft hun vordering staan; zij doen alleen niet mee in de uitdeling, maar kunnen de gefailleerde na afwikkeling van het faillissement aanspreken (in geval van een natuurlijk persoon; een rechtspersoon zal dan vaak zijn ontbonden).

De Raad constateert dat, als de bedoeling van de wetswijziging is dat deze vorderingen niet meer worden geverifieerd, deze crediteuren dus ook die herstelmogelijkheden missen (zie met zo veel woorden artikel 186 lid 4 Fw nieuw). Hun vordering vervalt zelfs als zij hun vordering niet tijdig indienen (artikel 110 lid 3 Fw nieuw) zodat zij hun aanspraak ook na afwikkeling van het faillissement niet geldend kunnen maken.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 22 september 2011
kenmerk
pagina 5 van 6

De positie van pand- en hypotheekhouders

Verificatie houdt ook in het vaststellen van eventuele achterstelling of bevoorrechtiging van vorderingen. Mogelijk is dat de schuldenaar een recht van pand of hypotheek heeft verschaft aan de schuldeiser, eventueel voor toekomstige vorderingen. De vordering waarvoor pand of hypotheek wordt gegeven moet voldoende bepaalbaar zijn (artikel 3:231 BW). Voldoende is dat de vordering waarvoor het pandrecht geldt aldus is omschreven dat het pandrecht geldt voor al hetgeen de pandhouder te eniger tijd *uit welken hoofde dan ook* van de schuldenaar te vorderen zal hebben. Daar zou een WCAM-vordering onder kunnen vallen. Als een WCAM-vordering niet wordt geverifieerd, hoe wordt dan een eventuele preferentie (of: achterstelling) vastgesteld? Pand- en hypotheekhouder zijn overigens separatist en kunnen buiten het faillissement om executeren (artikel 57 Fw). De Raad vraagt zich af of daarmee rekening mee moet worden gehouden in het Wetsvoorstel.

Overgangrecht

De overgangsbepaling V, tweede lid van het Wetsvoorstel maakt een onderscheid tussen vorderingen ingediend ter verificatie voor en na inwerkingtreding van het Wetsvoorstel. In een lopend faillissement betekent dit dat crediteuren met een WCAM-vordering een ongelijke behandeling krijgen, afhankelijk van het moment waarop zij hun vordering ter verificatie hebben ingediend. De Raad vraagt zich af of dat wenselijk is. Waarom geen overgangsregeling waarbij alle vorderingen binnen één faillissement wel of juist niet onder de gewijzigde wet vallen?

Werklast

De voorgestelde aanpassingen van de Faillissementswet behelzen op zich geen uitbreiding van de bestaande mogelijkheden een WCAM-verzoek te doen. Evenwel kan niet worden uitgesloten dat, vanwege de bijzondere werking van de WCAM-regeling in faillissementen, als gevolg van de wetswijziging meer WCAM-verzoeken zullen worden gedaan.

Verder zal de bewerkelijkheid van de zaken toenemen, indien de overige schuldeisers in het faillissement in het kader van de WCAM-procedure bij verweerschrift individuele vorderingen in het faillissement zullen kunnen betwisten. Het aantal op te roepen belanghebbenden en te behandelen verweerschriften zal potentieel aanzienlijk toenemen, terwijl ook zal moeten worden voorzien in een mogelijkheid voor de betreffende schuldeiser om op de betwisting te reageren.

Vanwege de onzekerheid over de grootte van beide effecten kon geen ex-ante schatting gedaan worden. Naar de inschatting van de Raad zal de voorgestelde regeling echter een (zeer) klein aantal faillissementen betreffen; de regeling komt immers alleen aan de orde als er iets valt uit te delen, ook aan de concurrente crediteuren, en er sprake is van 'massa-claims'. Naar verwachting zullen de gelegenheden waarin voor gebruikmaking van deze regeling aanleiding zal bestaan dusdanig beperkt zijn, dat de daaruit voortvloeiende verzwaring van de werklast overzienbaar is. De werklastgevolgen van het Wetsvoorstel zijn naar de inschatting van de Raad dan ook niet noemenswaardig.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 22 september 2011
kenmerk
pagina 6 van 6

Tot slot

Indien na het uitbrengen van dit advies het Wetsvoorstel op belangrijke onderdelen wordt gewijzigd of indien uit nadere uitvoeringsregelgeving belangrijke werklastgevolgen voortvloeien, dan wordt de Raad graag in de gelegenheid gesteld daarover aanvullend te adviseren. Met het oog op de voorbereiding van de gerechten op de invoering van het Wetsvoorstel, stelt de Raad er op prijs op als hij geïnformeerd wordt over de indiening van het Wetsvoorstel bij de Tweede en de Eerste Kamer en de plaatsing van de definitieve wetstekst in het *Staatsblad*. Ook eventuele nadere regelgeving volgend op dit Wetsvoorstel met gevolgen voor de rechtspleging valt binnen het adviesrecht van de Raad. Voor zover van toepassing, ontvangt de Raad graag een adviesaanvraag voor deze nadere regelgeving.

Hoogachtend,

J.C. van Dijk
Lid Raad voor de Rechtspraak