

Aan de Minister van Justitie,
Dr. E.M.H. Hirsch Ballin
d.t.v. mr. F.R. Salomons
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Afdeling Ontwikkeling

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 29 september 2008
van Ontwikkeling
contactpersoon mr. R.H. Kroon
doorkiesnummer 070 - 361 9814
faxnummer 070 - 361 9746
e-mail R.Kroon@rechtspraak.nl
kamernummer K3.28
ons kenmerk UIT 13230 / ONTW RK
uw kenmerk 5528805/08/6
onderwerp Advies voorontwerp Insolventiewet

Geachte heer Hirsch Ballin,

Bij brief van 14 februari 2008 met bovenvermeld kenmerk verzocht u de Raad voor de rechtspraak (de “**Raad**”) u te adviseren over het voorontwerp voor een Insolventiewet (het “**voorontwerp**”). Het voorontwerp is tevens ter consultatie op de website van het ministerie van Justitie geplaatst (www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/insolventiewet).

Het voorontwerp

Het voorontwerp is op 1 november 2007 door de Commissie Insolventierecht (de “**Commissie**”) als advies aan de minister van Justitie aangeboden. Het voorontwerp behelst een nieuwe regeling voor het gehele insolventierecht. Beoogd wordt de Faillissementswet in zijn geheel te vervangen door de Insolventiewet. In plaats van de thans naast elkaar bestaande insolventieprocedures – faillissement, surseance van betaling, schuldsaneringsregeling natuurlijke personen – kent het voorontwerp één insolventieprocedure, voor zowel natuurlijke personen als rechtspersonen.

Advies

Gehoord de gerechten, adviseert de Raad u als volgt.¹

¹ 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.

datum 29 september 2008
kenmerk UIT 13230 / ONTW RK
pagina 2 van 14

Algemene opmerkingen

De Raad wil allereerst zijn waardering uitspreken voor het werk van de Commissie. Het voorontwerp bevat een heldere en toegankelijke visie op het stelsel van insolventies, in het bijzonder vanuit theoretisch en wetssystematisch oogpunt. Vanuit het oogpunt van de positie en de praktijk van de Rechtspraak maakt de Raad echter bezwaar ten aanzien van het nut en de noodzaak van de voorgestelde wetswijziging.

Daarnaast merkt de Raad op dat het onderhavige advies een *voorontwerp* voor een Insolventiewet betreft. De Raad gaat ervan uit dat hij te zijner tijd in de gelegenheid wordt gesteld om over een eventueel op het voorontwerp volgend *wetsvoorstel* afzonderlijk advies uit te brengen.

Specifieke onderwerpen

De Raad volgt in zijn advies niet de vraagstelling van de internetconsultatie, maar kiest ervoor om het advies toe te spitsen op specifieke onderwerpen uit het voorontwerp die het werk van de rechter-commissaris, de rechtbank en de insolventieafdelingen raken, te weten:

1. één insolventieprocedure;
2. het toezicht van de rechter-commissaris;
3. het voorstel tot concentratie;
4. een eigen tuchtrecht voor bewindvoerders;
5. de Insolventieraad;
6. de natuurlijke personen en schone lei;
7. enkele losse punten:
 - a. het Insolventieregister;
 - b. consolidatie;
 - c. fraude;
 - d. erkenning buitenlandse insolventie; en
 - e. de vergoeding voor de lege boedel.
8. gevolgen voor de werklast voor de Rechtspraak

1. Eén insolventieprocedure.

Het voorontwerp kent een uniforme (“unitaire”) insolventieprocedure. De Raad is daar geen voorstander van. De schuldsaneringsregeling natuurlijke personen heeft niet (geheel) dezelfde doelstelling als andere insolventies, waarover hierna bij punt 6 meer. Bij de Wet schuldsanering natuurlijke personen (Wsnp) speelt bijvoorbeeld –anders dan bij andere insolventies– gedragsverandering ter voorkoming van ‘recidive’ een belangrijke rol.

datum 29 september 2008
kenmerk UIT 13230 / ONTW RK
pagina 3 van 14

2. Het toezicht van de rechter-commissaris.

Algemeen

Vooropgesteld moet worden dat de Raad het van belang acht om oplossingen te zoeken voor knelpunten, zo deze zich in de praktijk van het toezicht voordoen. Dergelijke oplossingen kunnen naar mening van de Raad alleen worden gevonden na gedegen onderzoek naar de kwaliteit en effectiviteit van het *huidige* toezicht. Indien na een dergelijk onderzoek blijkt dat er zich knelpunten voordoen, moet voorts bij het zoeken naar oplossingen naar verschillende alternatieven worden gekeken, waarvan wijziging van de wet er één is.

De voorgestelde wijzigingen hebben naar mening van de Raad onvoldoende empirische basis. Er is daarnaast onvoldoende gekeken naar alternatieve oplossingen, in plaats van wijziging van de wet. Ondanks het feit dat uiteraard ook hiervoor het empirische bewijs ontbreekt, heeft de Raad niet de indruk dat de door de Commissie genoemde knelpunten in het toezicht zich alle (en in de door de Commissie geschetste mate) voordoen. De Raad zijn in ieder geval geen signalen met een dergelijke strekking bekend. Dit betekent niet dat er aan de kwaliteit van het toezicht op dit moment niets valt te verbeteren. Oplossing van de door de Commissie genoemde knelpunten kan echter naar mening van de Raad binnen het huidige wettelijke kader plaatsvinden. Een en ander zal hieronder nader worden toegelicht.

Wat is er volgens de Commissie mis met de huidige regeling van het toezicht?

Volgens de toelichting op het voorontwerp verdient de huidige toezichthoudende rol van de rechter-commissaris heroverweging. Hoewel een duidelijke grond hiervoor niet wordt gegeven, kan uit de toelichting een tweetal redenen worden gedestilleerd: 1) “het huidige toezicht kan vaak niet worden waargemaakt” en 2) “in de huidige situatie wordt de schijn gewekt dat de rechter-commissaris een soort ‘partner’ van de bewindvoerder is”.

Welke oplossingen stelt de Commissie voor?

Volgens de toelichting op het voorontwerp zal de rechter-commissaris meer op afstand gaan functioneren en wordt een grotere rol toebedeeld aan de schuldeiserscommissie. Het meer op afstand functioneren zou worden bewerkstelligd door de rechter-commissaris *algemeen toezicht* te laten houden. Het aantal machtigingen en toestemmingen van de rechter-commissaris wordt verminderd. In een aantal gevallen komt de toestemming van de schuldeiserscommissie in de plaats van de naar huidig recht voorgeschreven machtiging of toestemming van de rechter-commissaris. De schuldeiserscommissie krijgt, anders dan onder het huidige recht, ook een toezichthoudende rol (art. 4.4.2 voorontwerp).

datum 29 september 2008
kenmerk UIT 13230 / ONTW RK
pagina 4 van 14

Beoordeling

Ten aanzien van de analyse van het huidige toezicht:

- *“Het huidige toezicht kan vaak niet worden waargemaakt”*

De Raad is als gezegd van mening dat het voorontwerp voor wat betreft de analyse van de kwaliteit van het huidige toezicht tekortschiet. Zo wordt in het voorontwerp niet concreet gemaakt op welke punten het toezicht niet kan worden waargemaakt en wat daarvan de oorzaak is. Zoals bekend zijn er in het verleden op dit vlak enkele problemen geweest, met name in de tijd dat het aantal schuldsaneringszaken een enorme vlucht nam en insolventieafdelingen daarop veelal nog onvoldoende waren voorbereid. Die situatie is inmiddels veranderd. Bestuurlijke maatregelen zoals personele uitbreidingen, delegatie van werkzaamheden en efficiëntere werkprocessen hebben er voor gezorgd dat insolventieafdelingen, zowel wat betreft schuldsaneringen als wat betreft faillissementen, beter op orde zijn dan enkele jaren geleden. Dit laat onverlet dat de kwaliteit van het toezicht de permanente aandacht van de Rechtspraak vergt.

- *“De schijn wordt gewekt dat de r-c een soort ‘partner’ van de bewindvoerder is”*

Ten aanzien van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter-commissaris, want daar gaat het hierbij blijkens de toelichting op het voorontwerp (p. 10 en 11) om, merkt de Raad op dat niet wordt uiteengezet waarom en door wie dit thans als een probleem wordt ervaren. Natuurlijk neemt de rechter-commissaris noodzakelijkerwijs een bijzondere positie in; hij is zowel toezichthouder als geschillenbeslechter. Om effectief toezicht te kunnen houden, kan de rechter-commissaris niet te veel afstand houden omdat hij daarvoor regelmatig moet overleggen met de curator/bewindvoerder. De rechter-commissaris is echter voldoende professioneel om afstand te bewaren, zo gauw hij de rol van geschillenbeslechter vervult. De rechter-commissaris heeft ook geen eigen belang maar voert een publieke taak uit, met de daaraan verbonden bevoegdheden. Bovendien staat van machtigingen of toestemming van de rechter-commissaris in veel gevallen hoger beroep bij de rechtbank open. De Raad ziet dan ook geen aanleiding om te twijfelen aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter-commissaris.

Ten aanzien van de gekozen oplossingen:

- *Wat is het verschil met de huidige regeling?*

Het is de Raad niet duidelijk wat het verschil is tussen het huidige toezicht en het algemene toezicht uit het voorontwerp. Zo wordt –afgezien van de afname van het aantal machtigingen en toestemmingen van de rechter-commissaris– niet nader verklaard en toegelicht welke details voortaan niet meer aan het toezicht van de rechter-commissaris zijn onderworpen. In het verlengde hiervan verwacht de Raad niet dat als gevolg van de voorstellen van de Commissie voor de rechtspraak veel zal veranderen, laat staan dat de voorstellen een oplossing zouden bieden voor door de Commissie genoemde knelpunten. Op welke wijze de voorstellen een oplossing zouden bieden voor voornoemde knelpunten wordt overigens door de Commissie niet nader gemotiveerd.

datum 29 september 2008
kenmerk UIT 13230 / ONTW RK
pagina 5 van 14

- *Toezicht door schuldeisers*

De Raad onderschrijft het belang dat in het voorontwerp aan een goede informatiepositie van de schuldeisers wordt gehecht. Zij zijn immers de primair belanghebbenden bij een goede taakvervulling door bewindvoerders in insolventies. De huidige wet biedt echter schuldeisers voldoende middelen om invloed uit te oefenen. Als er een schuldeiserscommissie is, is de curator naar huidig recht voor bepaalde handelingen reeds verplicht het advies van die commissie in te winnen. Aan de rechter-commissaris kan een beslissing worden gevraagd als de curator het advies van de schuldeiserscommissie niet wenst op te volgen.

De Raad plaatst daarnaast een viertal kanttekeningen bij het toedelen van toezichthoudende taken aan de schuldeiserscommissie.

1. De voorgestelde regeling zal in de praktijk voor verwarring zorgen. Er is immers al een toezichthouder. De rolverdeling tussen rechter-commissaris en schuldeiserscommissie is de Raad onvoldoende duidelijk. In het voorontwerp wordt niet toegelicht hoe het algemene toezicht door de rechter-commissaris en het toezicht door de schuldeiserscommissie zich tot elkaar verhouden.
2. Het is de vraag of er van het toezicht door schuldeisers veel moet worden verwacht. De ervaring leert dat in de huidige situatie alleen in grote faillissementen, of faillissementen met veel particuliere schuldeisers, schuldeiserscommissies worden gevormd.² In de huidige situatie is er in het overgrote deel van de faillissementen geen schuldeiserscommissie. De Raad ziet geen aanleiding om aan te nemen dat dit in de toekomst anders zal zijn. Ook als de plannen van de Commissie omtrent uitdeling aan preferente en concurrente schuldeisers in de verhouding 2:1 doorgang vinden, is het zeer de vraag of dit tot een grotere betrokkenheid van schuldeisers zal leiden, aangezien de bemoeienis van schuldeisers in schuldsaneringen, waar deze verhouding reeds geldend recht is, vrijwel nihil is. Naar huidig recht is de animo om deel te nemen aan een schuldeiserscommissie ook bij preferenten gering.
3. Naar mening van de Raad is daarnaast de vrees gerechtvaardigd dat een schuldeiserscommissie hoofdzakelijk het eigen belang van de schuldeisers in de toezichthoudende rol zal betrekken. Dit zal in de praktijk dan weer leiden tot een toename van het aantal geschillen met de bewindvoerder. Daardoor krijgt de rechter-commissaris er een taak bij, omdat hij ook toezicht houdt op de taakvervulling door de schuldeiserscommissie en zo nodig handhavend optreedt. Dit zal uiteindelijk leiden tot hogere kosten voor de maatschappij.
4. Indien, zoals wordt voorgesteld, de rechter-commissaris meer op afstand wordt geplaatst, heeft dit als bijkomend nadeel dat daardoor voor de rechter-commissaris de mogelijkheden tot het uitoefenen van het (dagelijks) toezicht op het handelen van de curator/bewindvoerder afnemen. Dit toezicht wordt echter ook in het voorontwerp wel van de rechter-commissaris gevraagd.³ Net als in de huidige situatie stelt volgens het voorontwerp de rechtbank de

² Die kunnen dan overigens zeer waardevol zijn; belangen van veel (kleine) schuldeisers kunnen immers worden gebundeld.

³ Hetzelfde geldt voor de rol die de rechter-commissaris (in het voorontwerp) heeft op het gebied van het tegengaan van fraude. Zie hieronder.

datum 29 september 2008
kenmerk UIT 13230 / ONTW RK
pagina 6 van 14

curator/bewindvoerder aan. Daarnaast komt het, in de situatie dat er geen schuldeiserscommissie is, volgens het voorontwerp wederom aan op het toezicht door de rechter-commissaris en vallen de naar de schuldeiserscommissie verschoven machtigingen terug naar de rechter-commissaris. Het moge duidelijk zijn dat het ook om deze redenen van belang is dat de rechter goed zicht heeft op het functioneren van de curator/bewindvoerder.

- *Onafhankelijkheid en onpartijdigheid*

Als gezegd deelt de Raad de zorgen met betrekking tot de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter-commissaris niet. Om die reden acht de Raad het juister en beter om de bestaande praktijk van het contact tussen rechter-commissaris en bewindvoerder niet te veranderen.

Overigens is de Raad van mening dat, indien er al een probleem zou zijn, het voorontwerp hiervoor geen oplossing biedt. De rechter-commissaris blijft immers toezicht houden. Alleen in een klein aantal faillissementen, namelijk de faillissementen met een schuldeiserscommissie, zal die toezichthoudende taak volgens het voorontwerp worden gedeeld met de schuldeiserscommissie.

De Raad onderschrijft de aanbeveling van de Commissie in de toelichting bij afdeling 4.3 van het voorontwerp dat, om te voorkomen dat aan de onafhankelijkheid van de insolventiekamer zou kunnen worden getwijfeld, het van belang is dat de rechter-commissaris niet tevens fungeert als lid van die kamer, waar het gaat om hoger beroep tegen machtigingen of toestemmingen. Dit is overigens in de meeste gevallen al staande praktijk. De Raad onderschrijft deze werkwijze.

Tot slot

Concluderend is de Raad van mening dat in het voorontwerp een analyse van zowel de kwaliteit en effectiviteit van het huidige toezicht, als van de positie van de rechter-commissaris, ontbreekt. Daarmee wordt door de Raad getwijfeld aan zowel de noodzaak als het nut van de gekozen oplossingen. Deze zullen, naar verwachting van de Raad, de rechtspraktijk niet ingrijpend veranderen, en daarmee ook geen oplossing bieden voor door de Commissie genoemde knelpunten. In veel gevallen nemen vooral de mogelijkheden voor de rechter-commissaris om toezicht te houden als gevolg van de voorgestelde regeling af. De Raad adviseert u dan ook om de in het voorontwerp voorgestelde bepalingen met betrekking tot het toezicht niet over te nemen bij een eventueel toekomstig wetsvoorstel.

Dit betekent –als gezegd– niet dat er aan de kwaliteit van het toezicht op dit moment niets valt te verbeteren. Zoals bekend is bijvoorbeeld het aantal dossiers waarop rechters-commissarissen toezicht moeten houden nog altijd erg groot. Naar mening van de Raad kan echter de toezichthoudende taak, onder meer door een goed systeem van delegatie van werkzaamheden, op een verantwoorde wijze worden uitgevoerd. Oplossing van de door de Commissie genoemde knelpunten kan naar mening van de Raad dan ook binnen het huidige wettelijke kader plaatsvinden. In samenspraak met curatoren en bewindvoerders zal moeten worden bezien hoe de kwaliteit van het toezicht én de kwaliteit van curatoren en bewindvoerders verder kunnen worden verbeterd. In onderstaande box geeft de Raad enkele mogelijkheden voor verbetering.

Box: Mogelijke verbeteringen in het toezicht van de rechter-commissaris in insolventies

Criteria voor toezichthouden

In de literatuur zijn criteria voor toezichthouden geformuleerd. Toezicht impliceert dan:

- (i) het (kunnen) verzamelen van alle noodzakelijke informatie over de vraag of wordt voldaan aan de gestelde/te stellen eisen,
- (ii) het zich daarna vormen van een oordeel daarover, en
- (iii) het (eventueel) op basis of naar aanleiding daarvan (kunnen) ingrijpen.

Mogelijke verbeteringen in het toezicht in insolventies

Ad (i):

- Stroomlijnen van de informatievoorziening
- Meer inzichtelijk maken wat van een goede curator/bewindvoerder mag worden verwacht. Hoe lang mag een gemiddeld faillissement bijvoorbeeld duren?
- Meer transparantie mbt de kosten van de afwikkeling. Meer werken met forfaitaire bedragen, in ieder geval bij eenvoudige faillissementen of standaard-afwikkelingswerkzaamheden.

Ad (ii):

- Vergroten van de deskundigheid van de rechter-commissaris.
- In beginsel dienen alleen ervaren rechters voor de functie in aanmerking te komen.
- Op peil houden en waar nodig verder verbeteren van de mogelijkheden van opleiding en bijscholing.
- Goede personele bezetting en deskundigheid van de ondersteuning.

Ad (iii):

- De huidige wet biedt reeds mogelijkheden, bijvoorbeeld de bevoegdheid de curator/bewindvoerder voor te dragen voor ontslag.
- De in het voorontwerp voorgestelde aanwijzingsbevoegdheid kan een nuttige aanvulling vormen, omdat het de huidige praktijk met betrekking tot het geven van aanwijzingen door de rechter-commissaris aan de curator/bewindvoerder, een wettelijke basis geeft.

3. Het voorstel tot concentratie.

Het voorontwerp gaat uit van concentratie van insolventiezaken in de hoofdplaatsen van de hofressorten (artikel 2.1.1). Dit met het oog op verdere professionalisering van het rechter-commissariaat.

De Raad heeft bij brief aan uw voorganger van 30 juni 2004 in het Toetsingskader Concentratie algemene criteria aangegeven voor rechterlijke concentratie. Concentratie van rechtspraak is op basis van deze criteria alleen wenselijk indien i) de behandeling van een categorie zaken bijzondere rechterlijke expertise vereist en ii) zich jaarlijks een beperkt aantal zaken van deze categorie zich aandient. De gemiddelde instroom van insolventiezaken per rechtbank is momenteel ongeveer 1500 per jaar. Op basis hiervan lijkt concentratie niet noodzakelijk; het zaaksaanbod is per rechtbank groot genoeg om de insolventieafdelingen doelmatig te laten functioneren.

4. Een eigen tuchtrecht voor bewindvoerders.

Uit de toelichting bij het voorontwerp blijkt dat de invoering van een eigen tuchtrecht voor bewindvoerders naar het oordeel van de Commissie overweging verdient, omdat mag worden aangenomen dat dit een belangrijke preventieve werking zal hebben doordat via het tuchtrecht eigen normen voor bewindvoerders ontwikkeld kunnen worden.

Hoewel de Raad het invoeren van tuchtrecht op zichzelf nastrevenswaardig acht, aangezien het kan leiden tot professionalisering van de beroepsgroep van bewindvoerders, plaatst hij hierbij wel enkele kanttekeningen. Nu het voorontwerp –conform het huidige systeem– de bepaling kent dat de rechtbank beslist welke bewindvoerder in een insolventie wordt benoemd en in het voorontwerp geen nadere voorwaarden worden gesteld aan de opleiding en de hoedanigheid van de persoon van deze bewindvoerder, is denkbaar dat het huidige feitelijke benoemingenbeleid van rechtbanken wordt gehandhaafd. Dit houdt in dat in veel gevallen een gespecialiseerde advocaat tot bewindvoerder wordt benoemd, maar dat ook anderen tot (mede-) bewindvoerders kunnen worden benoemd.

Mocht een wettelijke regeling voor het tuchtrecht voor bewindvoerders worden overwogen, dan kan deze niet los worden gezien van een breder traject van professionalisering waarvan zaken als toelatings- en opleidingseisen, een ethische (gedrags)code en dergelijke deel uitmaken. Tuchtrecht kan naar mening van de Raad alleen effectief zijn bij een besloten beroepsgroep (dat wil zeggen: met toelatingseisen) omdat alleen binnen een dergelijke beroepsgroep het geschetste bredere traject van professionalisering te realiseren is. Daarnaast zal bij een eventuele regeling dienaangaande helder moeten worden gemaakt hoe dit tuchtrecht zich verhoudt tot eventuele andere toepasselijke tuchtrechtelijke regimes waaraan betrokkenen eventueel onderworpen zijn.

5. De Insolventieraad.

Het voorontwerp introduceert in artikel 1.1.7 een onafhankelijke Insolventieraad, die richtlijnen kan vaststellen met betrekking tot de toepassing van de wet. Daarnaast kan de minister van Justitie op voordracht van de Insolventieraad nadere regels vaststellen betreffende het verloop van de insolventieprocedure, voorwaarden voor de benoembaarheid van personen tot bewindvoerder, stille bewindvoerder of schuldbegeleider, of van anderen dan schuldeisers tot lid van een schuldeiserscommissie als bedoeld in artikel 4.4.1, alsmede nadere regels over de wijze van vaststelling van het salaris van de bewindvoerder alsmede nadere regels ter bevordering van de eenheid van de wijze van rechtspleging in insolventiezaken bij de verschillende gerechten.

Het is de Raad niet duidelijk hoe het geven van dergelijke bevoegdheden aan een Insolventieraad zich verhoudt tot de exclusieve rechterlijke bevoegdheid om vorm te geven aan het toezicht in insolventiezaken. De Raad acht het juist om –conform de huidige situatie– de behoefte aan sturing van rechters te kanaliseren middels wetgeving en voor het overige richtlijnen uit te laten vaardigen door (bestaande) organen zoals Recofa⁴, in samenspraak met derden. Op basis van signalen uit de praktijk kan worden aangenomen dat dergelijke richtlijnen kunnen rekenen op een breed draagvlak en zorgen voor eenheid in werkwijze.

⁴ Landelijk overlegorgaan van rechters-commissarissen in insolventies.

6. De natuurlijke personen en de schone lei.

Wat is er mis met de Wsnp?

Naast het gegeven dat aan het voorontwerp de gedachte ten grondslag ligt dat in een insolventieprocedure het belang van de schuldeisers voorop dient te staan⁵, beoogt het voorontwerp ten aanzien van natuurlijke personen een versterking van het minnelijk traject en een verruiming van de mogelijkheid van een schone lei.⁶ Voorts beoogt het voorontwerp ten aanzien van de rechter-commissaris een bevordering van de onafhankelijkheid in zijn taak als toezichthouder door hem “op afstand” te positioneren ten opzichte van de bewindvoerder.⁷ (zie ook hierboven onder 2). Een ander belangrijk doel van het voorontwerp is een vermindering van de werkbelasting van de rechterlijke macht.⁸

De Raad wil hierover opmerken dat de huidige Wsnp nog geen tien jaar geleden is ingevoerd en zeer recentelijk (met ingang van 1 januari 2008) is gewijzigd, met name met het oog op de versterking van het minnelijk traject. Evenals de voorgestelde regeling biedt de huidige Wsnp uitzicht op een schone lei. De Wsnp kan naar mening van de Raad een succes worden genoemd aangezien de recidivecijfers laag zijn. Rechtbanken kunnen bovendien de huidige instroom aan zaken goed verwerken en er kan worden geput uit een goed bestand aan bewindvoerders. Het heeft dan ook de voorkeur van de Raad om de huidige Wsnp te laten voortbestaan.

Versterking van het minnelijke voortraject

Zoals bekend is het minnelijke traject voorafgaande aan de toelating tot de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen in vele gevallen niet tot zijn recht gekomen.⁹

De Raad onderschrijft het belang van versterking van het minnelijke traject. De Raad merkt daarbij in de eerste plaats op dat de Wsnp na de recente wijziging per 1 januari 2008 een gedegen wettelijke basis vormt voor versterking van het minnelijk traject. Op grond van artikel 288 lid 2 onder b dient nu immers eerst een minnelijk traject te zijn doorlopen voordat aan een eventueel wettelijk traject kan worden begonnen. Daarnaast bieden de artt. 287 a en b in het minnelijke traject extra mogelijkheden om de schuldenaar buiten het wettelijke traject te houden. De Nederlandse vereniging van volkskredietbanken (NVVK) heeft daarnaast protocollen¹⁰, richtlijnen, modelverzoekschriften en dergelijke ontwikkeld waardoor kwaliteit, effectiviteit en uniformiteit binnen het minnelijke traject worden bevorderd. Recofa heeft op haar beurt Richtlijnen opgesteld met het doel het minnelijke traject meer gewicht te geven.

In de tweede plaats merkt de Raad op dat een versterking van het minnelijke traject niet alleen met een wetwijziging kan worden bewerkstelligd, maar dat de effectiviteit van dit traject voor een groot deel afhangt van de mate waarin andere instanties hun organisatie en hun begroting op orde hebben.

⁵ Paragraaf 7 van de toelichting.

⁶ Paragraaf 20 van de toelichting

⁷ Paragraaf 9 onder c. van de toelichting

⁸ Paragraaf 20 van de toelichting.

⁹ Zie paragraaf 20 van de toelichting.

¹⁰ Hiermee wordt bedoeld op de verschillende driemaandelijks deeltrajecten die de kredietbanken doorlopen.

datum 29 september 2008
kenmerk UIT 13230 / ONTW RK
pagina 10 van 14

Op basis van het voorgaande verwacht de Raad dat de toegevoegde waarde van het voorontwerp ten aanzien van de gewenste versterking van het minnelijke voortraject van beperkte aard zal zijn.

Toetsing aan het ‘goede trouw’-criterium

Naar huidig recht vindt ten behoeve van de toelating tot de Wsnp een toets door de rechtbank plaats op basis van het zogenoemde ‘goede trouw’-criterium. Deze toets is een belangrijke waarborg voor het serieus doorlopen van het minnelijke traject door alle betrokkenen en vangt voor het wettelijke traject de bij voorbaat kansloze gevallen af. Deze toets is van belang omdat eigen initiatief en een actieve houding van de schuldenaar om daadwerkelijk zijn schulden te saneren, op dit moment de norm is binnen de Wsnp-procedure. Dit vergt een schuldenaar die daartoe in staat is en dus een toets voorafgaand aan het te volgen traject.

In het voorontwerp wordt deze toetsing verschoven van de ingang van de procedure naar een later stadium, namelijk in het kader van het bepalen of aan de schuldenaar een schone lei kan worden verleend, bij de beëindiging van de insolventie. Volgens de toelichting bij het voorontwerp op een tijdstip “dat de rechter door de bemoeienissen en verslagen van de bewindvoerder een beter beeld heeft van de situatie en derhalve beter gedocumenteerd kan beslissen”. De rechter dient op dat moment kennelijk zowel te beoordelen of het minnelijke traject voldoende serieus is doorlopen als ook of de schuldenaar een schone lei verdient.

De Raad is op dit punt van mening dat de Rechtspraak onder de huidige wetgeving in voldoende mate en op de juiste momenten controle over het proces heeft. Zo kan tijdig en met een positief effect worden ingegrepen als het proces dreigt te mislukken. Daar heeft de Rechtspraak efficiënte en gestandaardiseerde werkprocessen voor ontwikkeld. Indien het voorontwerp tot wet wordt verheven, raakt de Rechtspraak deze controle grotendeels kwijt. De waarborgfunctie die de toelatingseis in de huidige situatie heeft ten opzichte van het serieus doorlopen van het minnelijke traject, zal komen te vervallen. In beginsel zal dan iedereen tot de insolventieprocedure voor natuurlijke personen kunnen worden toegelaten¹¹ en er kan dan door de rechtbank alleen achteraf een oordeel worden geveld. Bovendien zal de kans op het succesvol beëindigen van het traject (met een schone lei voor de schuldenaar) afnemen. De Raad geeft er op basis van het voorgaande ook op dit onderdeel de voorkeur aan de huidige regeling te handhaven en adviseert u om de voorgestelde bepalingen niet over te nemen bij een eventueel op het voorontwerp volgend wetsvoorstel.

De rol van de bewindvoerder

De bewindvoerder heeft volgens het voorontwerp zowel de belangen van de schuldenaar als die van de schuldeisers te behartigen.

De Raad is in de eerste plaats van mening dat in het voorontwerp en toelichting op dit punt over het hoofd wordt gezien dat in het huidige systeem de rechter-commissaris in Wsnp-zaken een cruciale rol speelt. Dankzij de interventies van de rechter-commissaris kan een groot aantal Wsnp-zaken met een problematisch verloop alsnog tot een goed einde worden gebracht¹². De Raad is voorts van mening dat een dergelijke constructie in de praktijk mogelijk moeilijk werkbaar zal zijn. Immers, de

¹¹ Dit heeft uiteraard ook gevolgen voor de werklust van de Rechtspraak (zie hierna).

¹² Recofa heeft daarvoor, anders dan de toelichting in paragraaf 20 suggereert, richtlijnen opgesteld ten aanzien van de wijze waarop de bewindvoerder de schuldenaar moet bijstaan.

bewindvoerder¹³ zal regelmatig voor beslissingen komen te staan die ofwel tegen het belang van de schuldenaar ofwel tegen die van de schuldeisers indruisen. Welk belang dient hij in het voorkomende geval te dienen? Terwijl de Commissie stelt dat het beoogt met het voorontwerp beide groepen tegemoet te komen, biedt het voorontwerp onvoldoende inzicht in de wijze waarop dat er in de praktijk zal uitzien.

Verruiming van de mogelijkheden voor een schone lei

Tot slot voorziet de Raad het risico dat als gevolg van de met het voorontwerp beoogde verruiming van de schone lei, het maatschappelijk draagvlak voor de Insolventieprocedure onder druk zal komen te staan. In de huidige praktijk is sprake van een (stilzwijgend) algemeen gedeeld besef dat schuldeisers van oordeel zijn dat “hun” schuldenaar een schone lei moet *verdienen*. Een verruiming van de mogelijkheden voor een schone lei zal een nog grotere mate van solidariteit vergen van diegenen die onder het huidige regime al nauwelijks iets van hun vorderingen betaald zien. Dit laatste geldt eens te meer, nu het voorontwerp tevens het aantal Insolventievorderingen lijkt uit breiden (art. 5.2.1.) en daarnaast het salaris van de bewindvoerder volledig ten laste zal komen van de boedel. De Raad adviseert u met voornoemd risico rekening te houden bij een eventueel op het voorontwerp volgend wetsvoorstel.

7. Enkele losse punten.

a. Insolventieregister.

Volgens het voorontwerp moet een groot aantal gegevens worden ingeschreven in het Insolventieregister. Ook wijzigingen en mutaties moeten worden bijgehouden. Zie onder meer afdeling 1.2 van het voorontwerp. Voor een deel komen de inschrijvingen in de plaats van naar huidig recht voorgeschreven publicaties of inzage/nederlegging ter griffie. Een ander deel is echter nieuw. De Raad erkent dat de huidige Faillissementswet op het punt van inzage (door nederlegging ter griffie) en publicaties (veelal in de Nederlandsche Staatscourant) verouderd is. Meer gegevens en stukken zouden in een elektronisch register beschikbaar kunnen worden gesteld. De mogelijkheden van het huidige Centraal Insolventie Register (CIR) zouden daartoe kunnen worden uitgebreid. Niet duidelijk is waarom de Commissie er voor heeft gekozen de driemaandelijke verslaglegging van de bewindvoerder (waar het betreft rechtspersonen) niet in het Insolventieregister te laten opnemen, maar evenals naar huidig recht, te kiezen voor inzage ter griffie (art. 4.2.13 van het voorontwerp). Elektronische beschikbaarheid van deze verslagen kan griffies juist ontlasten. Op dit moment wordt binnen de Rechtspraak gewerkt aan de ontwikkeling van de mogelijkheid van publicatie van openbare verslagen van rechtspersonen in het CIR. Bij de publicatie van openbare verslagen van natuurlijke personen op internet moet de bescherming van persoonsgegevens uiteraard zo veel mogelijk gerespecteerd worden.

¹³ Onder bewindvoerder wordt in dit kader tevens verstaan de schuldbegeleider die wordt benoemd in de zgn. “Inspanningstermijn”.

datum 29 september 2008
kenmerk UIT 13230 / ONTW RK
pagina 12 van 14

b. Consolidatie.

In de huidige Faillissementswet is de geconsolideerde afwikkeling van faillissementen niet geregeld. De richtlijnen van Recofa geven echter wel de mogelijkheid van consolidatie en in de praktijk wordt, als aan bepaalde voorwaarden is voldaan, geconsolideerde afwikkeling ook toegestaan. De Raad staat positief ten opzicht van een wettelijke regeling voor geconsolideerde afwikkeling, zoals voorgesteld door de Commissie.

c. Fraude.

Ook in de huidige situatie komt het voor dat de rechter-commissaris de curator/bewindvoerder aangifte laat doen van strafbare feiten. De Raad ondersteunt wettelijke vastlegging van de mogelijkheid de bewindvoerder op te dragen aangifte te doen. Het gebruik maken van de aanwijzingsbevoegdheid impliceert echter wel een actieve rechter-commissaris en is – als gezegd – moeilijker realiseerbaar in geval hij op meer afstand wordt geplaatst.

De Raad onderschrijft daarnaast het belang van het creëren van een voorziening voor een (forfaitaire) vergoeding van de bewindvoerder voor het doen van aangifte van strafbare feiten, aangezien juist in lege boedels fraude relatief vaker voorkomt (zie ook hieronder).

d. Erkenning buitenlandse insolventie.

Afdeling 10.3 van het voorontwerp introduceert de mogelijkheid een buiten de EU uitgesproken insolventie door de Nederlandse rechter te laten erkennen. Bevoegd is de rechtbank 's Gravenhage. In de toelichting is vermeld dat is gekozen voor één rechtbank omdat het niet zelden vrij gecompliceerde zaken betreft. Deze rechtbank kan dan kennis en ervaring opbouwen. Daarnaast wordt verondersteld dat het onderbrengen van de erkenningsregeling bij één rechtbank een waarborg zal vormen voor een uniforme, voorspelbare benadering.

De Raad merkt op dat met deze regeling het in Nederland toegepaste territorialiteitsbeginsel wordt verlaten en dat deze (nieuwe) regeling gevolgen zal hebben voor de werklast voor de Rechtspraak (zie onder).

e. De lege boedels.

Artikel 6.1.2 van het voorontwerp bepaalt dat voorzover het salaris en de verschotten van de bewindvoerder niet uit de boedel kunnen worden voldaan, deze mede ten laste van de Staat komen. De Raad deelt de zorg over de lege boedels. Naar huidig recht moet de curator bij een lege of bijna lege boedel zelf voor de kosten van de afwikkeling opdraaien. De Raad is van oordeel dat het ongewenst is dat de curator deze maatschappelijke taak voor eigen rekening moet uitvoeren. Zoals gezegd is juist in lege boedels relatief vaak fraude aan de orde. Het maatschappelijk belang van het doen van aangifte is evident. De Raad is van mening dat de curator voor het doen van die aangifte een (forfaitaire) vergoeding zou moeten krijgen. De Commissie heeft gekozen voor een vergoeding ten laste van de Staat. Andere oplossingen zijn echter denkbaar. Verwezen wordt naar het rapport van de Insolad Werkgroep Beloning Curatoren (het definitieve rapport is binnenkort gereed).

8. Gevolgen voor de werklust voor de Rechtspraak.

Indien het voorontwerp tot wet wordt verheven verwacht de Raad als gevolg daarvan in de behandeling van faillissementen en schuldsaneringen zowel werklustverlichtende als werklustverzwarende effecten. De verwachting is dat deze effecten elkaar in grote lijnen in evenwicht zullen houden. Daarbij heeft de Raad onderstaande overwegingen tegen elkaar afgezet.

Faillissementen

Het op grotere afstand zetten van de rechter-commissaris werkt zowel taakverlichtend als taakverzwarend.

- Voorzover (een deel van) de toezichhoudende rol van de rechter-commissaris wordt overgenomen door schuldeiserscommissies, neemt de werklust voor de Rechtspraak af.
- Anderzijds houdt het wegvallen van een aantal vaste contactmomenten (die overigens op zichzelf weinig tijd in beslag nemen) met de bewindvoerder het gevaar in zich dat het benodigde zicht op het functioneren van de bewindvoerder onvoldoende is. Zoals hierboven onder 2 is vermeld zal ook het uitvoeren van algemeen toezicht gebaseerd (moeten) zijn op communicatie. De rechter-commissaris zal zijn informatiepositie dan alleen kunnen behouden door het langs andere wegen afstemmen met vooral de bewindvoerder maar ook de schuldeiserscommissie. Een goede informatiepositie over het functioneren van bewindvoerders is niet alleen in specifieke dossiers van belang maar ook met het oog op het aanstellen van bewindvoerders.
- Daarnaast houdt de rechter-commissaris op verzoek ook toezicht op het functioneren van een schuldeiserscommissie (zie hierboven onder 2). Deze nieuwe taak heeft een verzwarend effect.
- De plannen voor uitdeling in de verhouding van 2:1 voor preferente en concurrente crediteuren zal leiden tot een (geringe) werklustverzwaring.
- Er zullen relatief meer faillissementen komen met verificatievergaderingen dan nu het geval is. Dat is een substantiële werklustverzwaring in die faillissementen waarbij nu alleen aan de fiscus en UWV uitgedeeld wordt.

Schuldsaneringen

- In het afhandelen van schuldsaneringen zit relatief weinig rechterstijd. Dit betekent dat het vereenvoudigen van de procedure alleen om die reden hooguit tot een geringe werklustvermindering zal leiden.
- Het aantal toetsingsmomenten neemt weliswaar af, maar de beslissing zal meer tijd vergen. Deze effecten heffen elkaar op.
- Versterking van het minnelijke traject bij schuldsaneringen zal vanzelfsprekend een dempend effect hebben op de werklust bij de Rechtspraak. De Raad verwacht echter dat de recente wijziging van de Wsnp al tot dit effect zal leiden.
- Het verschuiven van de goede trouw-toets van het begin naar het einde van de procedure zal een werklustverhogend effect hebben, in de zin van verhoging van het aantal schuldenaars dat tot de schuldsanering zal worden toegelaten. Dit zal uiteraard nog sterker het geval zijn als mocht blijken dat het vervallen van de goede trouw-toets bij de toelating tot de Wsnp een aanzuigende werking heeft.

datum 29 september 2008
kenmerk UIT 13230 / ONTW RK
pagina 14 van 14

Overig

De erkenningsprocedure buitenlandse insolventie is geheel nieuw en zal voor een extra belasting (van de rechtbank 's-Gravenhage) zorgen.

Ten slotte

De Raad is gaarne bereid zijn advies toe te lichten en mee te denken over verdere verbetering van het stelsel van insolventierecht. Als gezegd gaat de Raad ervan uit dat hij te zijner tijd in de gelegenheid wordt gesteld om over een eventueel op het voorontwerp volgend wetsvoorstel afzonderlijk advies uit te brengen.

Hoogachtend,

mr. Th. Groeneveld
lid Raad voor de rechtspraak