



Nederlandse Vereniging
voor Rechtspraak

ADVIES

inzake

Het voorontwerp Insolventiewet

1. Inleiding

Op 1 november 2007 heeft de voorzitter van de Commissie Insolventierecht (hierna de Commissie) een advies in de vorm van een voorontwerp Insolventiewet aan de minister van Justitie aangeboden. De Commissie heeft een voorontwerp gemaakt voor een geheel nieuwe wet ter vervanging van de huidige Faillissementswet. Een door de Commissie Insolventierecht vervaardigde samenvatting is te vinden op de site van het ministerie van Justitie.

De minister heeft besloten via een internetconsultatie reacties op het voorontwerp in te winnen aan de hand van vraagpunten. De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) maakt graag gebruik van de geboden gelegenheid. Het onderhavige advies is voorbereid door een werkgroep van leden van de NVvR en vastgesteld door de Wetenschappelijke Commissie van de NVvR.

De NVvR heeft ervoor gekozen in dit stadium slechts op hoofdlijnen commentaar te leveren. Mocht het voorontwerp te zijner tijd uitmonden in een conceptwetsvoorstel, dan is zij bereid meer in detail te adviseren. De NVvR beperkt zich in dit advies tot de onderwerpen:

1. één insolventieprocedure (vraag 1);
2. natuurlijke personen en schone lei (vragen 2a tm 2d);
3. informele reorganisatie van ondernemingen (vraag 3a);
4. het "reorganiserend" vermogen in insolventie (vragen 4f en 4g);
5. versterking van de positie van gewone schuldeisers (vraag 5a);
6. verhouding van de bewindvoerder tot de schuldeisers en de rechter-commissaris (vragen 6a en 6b);
7. insolventiefraude (vragen 7a tm 7c);
8. professionele kwaliteit van bewindvoerders en rechters (vraag 9c);
9. gezamenlijke afwikkeling ("consolidatie") (vraag 11);
10. insolventieraad (vraag 14a).

2. Commentaar

2.1 Algemeen

De NVvR heeft met belangstelling kennis genomen van het Voorontwerp Insolventiewet. De Commissie heeft met het voorontwerp een indrukwekkende hoeveelheid werk verricht, hetgeen wordt weerspiegeld in het zeer gedetailleerde en systematisch goed opgebouwde voorontwerp. De NVvR heeft niettemin een aantal kanttekeningen bij het voorontwerp. In het algemeen is zij van oordeel dat het voorontwerp zo zeer focust op de verhaalsbelangen van schuldeisers dat andere belangen, zoals het belang van



gedragsverandering bij schuldenaren (voor zover zij natuurlijke persoon zijn), in de verdrukking lijkt te komen. Wat de vervanging van de Wet schuldsanering natuurlijke personen (hierna Wsnp) door het voorontwerp betreft, vraagt de NVvR zich af of de Commissie zich wellicht heeft laten leiden door inmiddels achterhaalde beeldvorming. Verder acht de NVvR het niet vanzelfsprekend dat het karakter van het toezicht van de rechter-commissaris ingrijpend wordt gewijzigd.

2.2 De keuze voor één insolventieprocedure (kernpunt 1)

2.2.1 De voorgestelde algehele herziening van de Faillissementswet

De Commissie heeft niet gekozen voor een gefaseerde herziening van de Faillissementswet. Gegeven de onderlinge samenhang van de verschillende kwesties die in een Insolventiewet geregeld dienen te worden, verdient een integrale herziening van de Faillissementswet volgens de Commissie de voorkeur. In plaats van de nu naast elkaar bestaande insolventieprocedures -faillissement, surseance van betaling en schuldsaneringsregeling natuurlijke personen- kent het voorontwerp een eenvormige insolventieprocedure. Deze procedure is zowel bedoeld voor natuurlijke personen als voor (grote) rechtspersonen. Zij is zowel gericht op liquidatie van vermogen ten behoeve van schuldeisers als op de mogelijkheid van sanering van schulden. Aan het voorontwerp ligt de gedachte ten grondslag dat in een insolventieprocedure het belang van de schuldeisers voorop dient te staan (toelichting op p.5), waarbij ondernemingen zoveel mogelijk worden voortgezet.

2.2.2 Geen algehele herziening, maar modernisering op bepaalde punten

De NVvR is van oordeel dat niet valt te ontkennen dat de huidige Faillissementswet verouderd is. Om het insolventierecht bij de tijd te brengen, kan een herziening nuttig zijn. De NVvR betwijfelt echter of een algehele herziening van het insolventierecht met inbegrip van de Wsnp werkelijk noodzakelijk is. In de praktijk wordt het niet bestaan van een eenvormige procedure zoals de Commissie voor ogen staat door de gerechten niet als een probleem ervaren. Het vele werk dat de Commissie heeft verricht, kan naar de NVvR meent zeer wel vruchtbaar zijn zonder dat het tot een volledig nieuwe Insolventiewet komt. Het lijkt verstandig het systeem van de Wsnp (zoals onlangs gewijzigd) niet aan te tasten en in plaats daarvan te koersen op een gedeeltelijke herziening van het insolventierecht.

Allereerst is dit oordeel gebaseerd op de omstandigheid dat de Wsnp als onderdeel van de Faillissementswet nog geen tien jaar geleden is ingevoerd (titel III, *Stb.* 1998, 445) en zeer recent, op 1 januari 2008, nog een aantal wijzigingen in de schuldsaneringsregeling van kracht is geworden. Naast onder meer de introductie van de gedwongen schuldregeling en het stellen van hogere eisen aan de schuldenaar en het schuldsaneringsverzoek, zijn vereenvoudigingen van procedurele aard voor de afwikkeling van schuldsaneringen aangebracht.¹ Laatstgenoemde wijzigingen codificeerden de praktijk waarin rechtbanken op een pragmatische wijze omgingen met minder goed werkbare Wsnp-materie.

Herziening van de Wsnp lijkt de NVvR ook om een andere reden minder voor de hand te liggen dan een herziening van de rest van het insolventierecht. Blijkens de parlementaire geschiedenis van de Wsnp² is het hoofddoel van deze wet het tegengaan dat een natuurlijke persoon die in financiële problemen verkeert tot in lengte van jaren met zijn schulden achtervolgd kan worden. Voor de schone lei die dit moet bewerkstelligen is volledige voldoening van schuldeisers geen voorwaarde. Wel mag van de schuldenaar een zo groot mogelijke bijdrage en inspanning worden gevergd om zoveel mogelijk activa in de boedel te brengen in het belang van de schuldeisers. Doel hiervan is tevens: de regeling als stok-achter-de-deur te laten fungeren. De toepassing van de schuldsaneringsregeling maakt, vanwege de daaruit voortvloeiende gevolgen voor de schuldeisers, een procedure als voorgesteld en de daarin betrokken rechterlijke bemoeienis, mede uit een oogpunt van de rechtszekerheid noodzakelijk.³

Hoewel de Wsnp gedragsverandering niet uitdrukkelijk als doelstelling heeft geformuleerd, speelt het gedrag van de schuldenaar wel een belangrijke rol in de gehele regeling⁴, zowel bij de toelating als bij de toets of de schone lei kan worden afgegeven. Bij de laatste toets weegt het gedrag tijdens de regeling en de vraag of men met het zgn. vrij te laten bedrag uit de voeten kon een grote rol. Om dat gewenste

¹ Zo is het saneringsplan dat in de praktijk al was verworpen tot een standaardsaneringsplan of bij toelating ambtshalve door de rechtbank werd vastgesteld inmiddels afgeschaft. Ook is de mogelijkheid geschrapt om de schuldsaneringsregeling voorlopig van toepassing te verklaren en is de verificatievergadering vereenvoudigd nu deze voortaan pro forma kan worden gehouden.

² Mr. G.W. Baron van der Feltz, *Geschiedenis van de Faillissementswet, wetswijzigingen Deel 2-III*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p.620-621.

³ R.J. Verschoof, *Schuldsaneringsregeling voor natuurlijke personen*, NIBE 1998, 36, p.623.

⁴ *Ibidem*, p. 26.



gedrag te bereiken is in de meerderheid van de gevallen een – door de rechter-commissaris bewaakte of mee aangestuurde – gedragsverandering van de schuldenaar nodig. De doelstelling die de Commissie heeft geformuleerd focust daarentegen op de belangen van de schuldeisers, die hun vorderingen op een schuldenaar in betalingsproblemen zoveel mogelijk voldaan willen zien. Weliswaar wordt op pagina 6 van de toelichting aangegeven dat: *“..dit evenmin betekent dat geen rekening mag worden gehouden met andere belangen, zoals de belangen van de schuldenaar of belangen van maatschappelijke aard, zoals werkgelegenheid en milieu”*. Tegelijkertijd wordt echter aangegeven: *“Dergelijke belangen kunnen onder omstandigheden prevaleren boven het belang van bepaalde individuele schuldeisers. Zij gaan niet voor het belang van de gezamenlijke schuldeisers”*. Dat zou volgens de toenmalige minister van Justitie: *“de doelmatigheid van de insolventiewetgeving ondergraven en daarmee op termijn ook de andere doelstellingen”*.⁵

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel tot Wijziging van de Faillissementswet in verband met het bevorderen van de effectiviteit van surseance van betaling en faillissement, is er door de VVD-fractie op gewezen dat, om recht te doen aan de in het voorgaande geschetste doelstellingen, een evenwicht nodig is. De toenmalige minister van Justitie heeft geantwoord dat het zwaartepunt daarvan ligt in de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Het precieze gewicht dat daartegenover toekomt aan de andere doelstellingen, zoals dat van behoud van werkgelegenheid, zou bepaald moeten worden in de concrete uitwerking waarover de Commissie hem zou adviseren.⁶ De NVvR meent dat in die concrete uitwerking van de Commissie het benodigde evenwicht niet is bereikt. Door de keuze voor een eenvormige procedure met een sterke focus op het behartigen van de belangen van crediteuren, gaat gedragsverandering als belangrijke doelstelling bij insolventies van natuurlijke personen verloren.⁷

Zoals eerder aangegeven acht de NVvR een gedeeltelijke herziening van de Faillissementswet, met uitzondering van de Wsnp, op zijn plaats. Aanpassing van de huidige Faillissementswet is naar de NVvR meent op de volgende punten gewenst:

- modernisering van de regelingen van kernleerstukken zoals de Pauliana, waarbij tevens de belangrijkste jurisprudentie wordt gecodificeerd;
- verbetering van de gevolgen van een insolventie voor lopende (duur-)contracten daar deze de praktijk onvoldoende zekerheid bieden. Hierbij kan ook worden gedacht aan de implicaties van het Nebula-arrest;⁸
- modernisering van de informatievoorziening van schuldeisers voor wat betreft de afwikkeling van het faillissement;⁹
- besteding van de ‘opruimfunctie’ die het insolventierecht, anders dan vroeger, heeft gekregen. Thans worden niet meer functionerende lege of vrijwel lege rechtspersonen door een faillissement opgeruimd. De nieuwe regeling dient hiermee rekening te houden, door voor die gevallen (die een aanzienlijk aandeel van de uitgesproken faillissementen uitmaken) geen ingewikkelde regeling te creëren;
- aanpak van de in de praktijk als ongewenst ervaren uitdijing van boedelschulden¹⁰.

Daarnaast ligt er nog de (ook door de Commissie gesignaleerde) discussie over afschaffing van het fiscaal voorrecht en bodemrecht, mede omdat deze leiden tot maatschappelijke en macro-economische ongewenste verschijnselen (zoals bijvoorbeeld bodemverhuurconstructies);

2.3 Reactie op de overige vraagpunten

2.3.1 Natuurlijke personen en schone lei (kernpunt 2)

⁵ Kamerstukken I, 2004/05, 27244, C p.4.

⁶ Kamerstukken I, 2004/05, 27244, C p.4.

⁷ Zie nader R.H.C. Jongeneel, Het doel van de insolventie van een natuurlijke persoon, Schuldsanering 2008 nr. 2 p.8-9.

⁸ HR 3-11-2006, NJ 2007, 155.

⁹ De huidige Faillissementswet dateert uit de periode dat er noch computers noch kopieermachines bestonden en zaken voornamelijk werden gedaan door natuurlijke personen, die in de regel vooral op de lokale markt opereerden. Hierdoor bestaan regelingen als de ter inzagelegging van stukken ter griffie en de verificatievergadering. Gezien de thans beschikbare communicatiemogelijkheden en de veranderde manier van zaken doen, verdient de wijze waarop de schuldeisers van de afwikkeling van hun faillissement op de hoogte worden gesteld naar de NVvR meent nieuwe doordenking.

¹⁰ HR 12-11-1993, NJ 1994, 229 (zogenaamd Frima-arrest, ook wel affinancieringsarrest). In dit arrest is het toedoen criterium bevestigd, als neergelegd in HR 28-9-1990, NJ 1991, 305 (De Raniz q.q.-Ontvanger). De Hoge Raad heeft ondanks veel kritiek in onder meer HR 18-6-2004, NJ 2004, 617, vastgehouden aan de Frima-doctrine.



2.3.1.1 De schone lei (vraag 2a)

Het voorontwerp kent onder meer een versterking van het minnelijke traject dat vooraf gaat aan toelating tot de schuldsaneringsregeling. In het kader van dit minnelijke traject kan de rechter een stille bewindvoerder benoemen. De Commissie stelt voor om voor het verlenen van een schone lei niet slechts te kijken naar de periode van de formele insolventieperiode, maar ook naar de periode dat de schuldenaar daarvoor wordt begeleid door een stille bewindvoerder, dan wel daarna door een schuldbegeleider (zogenaamde inspanningsperiode). Verder streeft men na dat de periode onder begeleiding van de stille bewindvoerder in mindering komt op de inspanningsperiode na insolventie, met dien verstande dat in totaal 3 jaar een inspanning wordt geleverd.

De stille bewindvoerder

De NVvR vraagt zich af in hoeverre een versterking van het minnelijke traject kan worden bewerkstelligd door (de benoeming van) een stille bewindvoerder. De praktijk is thans dat het slagen van het minnelijke traject vooral staat of valt met de kwaliteit van de schuldhulpverleners van een gemeente.

In één van de grote rechtbanken is de ervaring dat dit nogal verschilt per gemeente. Zo heeft de Kredietbank (KBR) in de zittingsplaats haar zaken zeer goed op orde. Politiek zijn afspraken gemaakt met de wethouder over het te halen percentage geslaagde minnelijke trajecten en er is ruim budget beschikbaar om de schuldhulpverlening te laten slagen. De KBR zet daar dus stevig op in, hetgeen sinds de wetwijziging van 1 januari 2008 ook te merken is in een verminderde toestroom van verzoekschriften vanuit de zittingsplaats. De KBR verstrekt saneringskredieten of voert schuldregelingen uit. Mensen die zich voor schuldhulpverlening aanmelden worden verplicht in budgetbeheer genomen. Eigenlijk gedraagt de desbetreffende KBR zich al als de 'stille bewindvoerder' zoals door de Commissie wordt voorgesteld. Veel kleinere gemeenten hebben de schuldhulpverlening inclusief het minnelijke traject echter minder goed op orde. In sommige gemeenten heeft schuldhulpverlening geen prioriteit. De veelal overbelaste ambtenaren kunnen dan met moeite het werk aan, laat staan dat zij echt kunnen gaan inzetten op het minnelijke traject. In deze gemeenten worden zaken snel door het minnelijke traject geloodst en volgt de spoedige conclusie dat dit niet geslaagd is, waarna de zaak "door kan" naar de rechtbank. Zouden deze schuldhulpverleners tot stille bewindvoerder worden, dan vraagt de NVvR zich af hoe zij de huidige praktijk kunnen veranderen en zonder politieke steun en toereikende financiële middelen het minnelijke traject kunnen versterken.

Minnelijk traject begeleid door stille bewindvoerder

Onder de Faillissementswet van voor 1 januari 2008 werd door sommige rechters al rekening gehouden met het gedrag van de schuldenaar vóór het moment van toelating, dit met name voor 'niet te goeder trouw' aangegane schulden en bij beantwoording van de vraag in hoeverre de schuldenaar zich deze reeds voldoende had aangetrokken. Verder telde bij verschillende rechters de periode in een aan de schuldsanering voorafgaand faillissement doorgebracht, indien daarin op gelijke wijze werd gespaard althans dit in voldoende mate werd getracht, volledig mee bij het bepalen van de (resterende) omvang van de termijn gedurende welke de schuldsanering van kracht is.

Voorwaarde voor het meetellen van de periode waarin onder toezicht van een stille bewindvoerder is gespaard, is dat de kwaliteit van de schuldbegeleiding in deze periode is gewaarborgd. Dus op zijn minst moet sprake zijn van een door de Raad van rechtsbijstand te 's-Hertogenbosch erkende bewindvoerder of een (van overheidswege) gecertificeerde schuldhulpverlener. Daarnaast dient ook de verslaglegging van de betreffende stille bewindvoerder over deze periode voldoende aanleiding te geven tot een meetellen (daaruit moet blijken dat de schuldenaar in voldoende mate aan zijn verplichtingen heeft voldaan etc.).

Inspanningsperiode begeleid door schuldbegeleider

In de door het voorontwerp geregelde inspanningsperiode met schuldbegeleiding na het einde van de insolventie, is geen toezicht aanwezig vanuit het rechter-commissariaat of de rechtbank. Uit de toelichting bij artikel 7.3.2.1, tweede lid (op p.171) kan worden opgemaakt dat dit een bewuste keuze van de Commissie is, kennelijk bedoeld om menskracht te besparen. De rechtbank komt uitsluitend in beeld indien er wordt geklaagd. Doet de schuldbegeleider zijn werk niet goed, dan kan de rechtbank echter niet ingrijpen: in het voorontwerp is niets te lezen over mogelijkheden tot ontslag van deze schuldbegeleider. Er is ook geen ruimte gelaten voor bemiddelend optreden door een rechter-commissaris om schuldenaar en schuldbegeleider nader tot elkaar te brengen. Een uitdelingslijst die een resultaat bevat dat onder de maat is, of verkeerd is opgesteld, is ambtshalve onaantastbaar.



Het meetellen van de – mogelijk lange - inspanningsperiode is in die zin vertroebelend dat (klaarblijkelijk, gezien de werking van artikel 7.3.4., eerste lid) ook schulden na de insolventverklaring en zelfs schulden van na aanvang van de inspanningstermijn mee concurreren bij het verdelen van het gespaarde tijdens de inspanningstermijn. Dit terwijl de schuldenaar op zich moet proberen geen nieuwe schulden te laten ontstaan. Dit concurreren is onder de huidige wet in beginsel niet het geval. Het effect kan zijn dat de nieuwe schuldeisers een deel van het gespaarde ontvangen, terwijl voor hen vervolgens niet artikel 7.3.8, derde lid geldt. Dit verschil met de huidige situatie is, indien dit inderdaad door de Commissie is beoogd, onvoldoende onderbouwd.

Voor de schuldenaar is het werken met verschillende relevante periodes bovendien waarschijnlijk onoverzichtelijk: hij weet wel wanneer hij eraan begint, maar niet wanneer het (precies) ophoudt. De doorsnee-schuldenaar in de doelgroep van de Wsnp heeft in zijn algemeenheid behoefte aan en belang bij duidelijkheid. De in het voorontwerp voorgestelde systematiek, waarbij diverse periodes elkaar opvolgen met mogelijk verschillende controleurs is voor de doorsnee-schuldenaar moeilijk te begrijpen. Het idee van de ‘voorwaardelijke’ schone lei is vermoedelijk niet begrijpelijk voor deze doelgroep. De schuldenaar hoort alleen ‘schone lei’, maar realiseert zich onvoldoende het voorwaardelijke karakter van deze schone lei en de daaraan verbonden verplichtingen. In de huidige praktijk gaat het na toelating al in vele gevallen (in Rotterdam bijvoorbeeld in één op de drie gevallen) niet goed en dit terwijl rechters-commissarissen in het algemeen bij toelating zowel mondeling als schriftelijk uitleg geven over de spelregels waaraan de schuldenaar zich dient te houden. De NVvR vreest dat het in de toekomst na verlening van een voorwaardelijk schone lei vaker mis zal gaan.

2.3.1.2 Schrapen goede-trouwtoets (vraag 2b)

De NVvR staat negatief tegenover het schrappen van de “goede-trouwtoets” aan het begin van de procedure. Het gevolg van het voorontwerp is dat de beoordeling of een schuldenaar in aanmerking behoort te komen voor een schone lei pas aan het einde van de procedure wordt genomen. Naar het oordeel van de NVvR is het beoordelen van de goede trouw in de praktijk geen groot probleem. Het verschuiven van de toets naar achteren maakt de beoordeling door de rechtbank niet wezenlijk makkelijker en zal bovendien de werklast doen toenemen. Voor de rechtbank valt in de voorgestelde opzet moeilijk te beoordelen of er voldaan wordt aan de eisen voor de schone lei. Het traject heeft zich immers op grote afstand van de rechtbank en bij verschillende begeleiders afgespeeld. Door de schuldeisers zal het schrappen van de “goede-trouwtoets” wellicht als niet fair worden ervaren. Gezien het tijdspad van het voorontwerp (zie artikel 5.3.1. e.v.), dat snelheid suggereert komt de beslissing tot voorwaardelijke schone lei verlening waarschijnlijk snel. Indien de goede trouw mogelijk een probleem is, zal de schuldenaar dan ook zekerheidshalve voor een insolventie moeten kiezen en daarin tijd doorbrengen, terwijl dat achteraf -als de goede trouw niet aanwezig wordt geacht- voor niets blijkt te zijn geweest. Dit geldt eveneens voor de met het doorlopen van het traject gemaakte niet onaanzienlijke (boedel)kosten.

Bovendien leidt het afschaffen van de goede-trouwtoets aan het begin van het traject tot een toename van insolventiezaken van natuurlijke personen en zal ook om die reden de werklast van de rechtbank toenemen (namelijk met zaken waarvan thans het toelatingsverzoek wordt afgewezen, dan wel faillissementen van natuurlijke personen die thans na korte tijd bij gebrek aan baten worden opgeheven).

Verder vreest de NVvR dat het verlagen van de drempel naar ‘*ernstig verwijt (...) inwilliging verzoek onaanvaardbaar*’ het maatschappelijke draagvlak voor de regeling geen goed zal doen. De goede-trouwtoets fungeerde tot nu toe als een goed instrument en het loslaten van deze toets aan het begin van het traject valt moeilijk te rijmen met de recent (per 1 januari 2008) ingevoerde aanscherping daarvan. Weliswaar vindt aan het einde van de drie jaren de toets alsnog plaats, maar de NVvR vraagt zich af of veel schuldenaren dan nog tegengeworpen gaan krijgen dat de schulden niet te goeder trouw waren. Zij kunnen dit immers compenseren door zich ‘voorbeeldig’ te gedragen in de regeling. Op zo’n manier komen schuldenaren wel erg gemakkelijk van hun schulden af. Dit heeft het risico dat op termijn het draagvlak voor de maatschappelijke aanvaardbaarheid van de regeling wordt aangetast, naast het risico van misbruik van de schuldsaneringsregeling.

2.3.1.3 Taken en bevoegdheden stille bewindvoerder (vraag 2c)

De NVvR is van mening dat de taken van de ‘stille bewindvoerder’ bij natuurlijke personen die geen beroep of bedrijf hebben heel anders van aard zullen zijn dan bij natuurlijke personen die wel een zelfstandig beroep of bedrijf uitoefenen of bij rechtspersonen.



Hetgeen in de toelichting (p.167, laatste alinea) wordt opgemerkt over de werkzaamheden van de stille bewindvoerder is daarom nog wel erg summier en met name is onduidelijk hoe de Commissie in de praktijk de overgang van de huidige situatie naar het nieuwe systeem ziet. Komt de stille bewindvoering in de plaats van het huidige minnelijke traject of is het er een aanvulling op? Indien het eerste het geval zou zijn, is dat een aanzienlijke juridisering van de schuldhulpverlening, die juist in strijd lijkt met de uitgangspunten van de Commissie. Bovendien is het pakket dat aan schuldhulp thans beschikbaar is veel breder dan wat de Commissie voor ogen heeft, nu dit bijvoorbeeld ook het verstrekken van een saneringskrediet omvat; dat behoort kennelijk niet tot de taken van de stille bewindvoerder.

Als het de bedoeling is dat de schuldhulpverlener het minnelijke traject uitvoert zoals nu gangbaar is, rijst de vraag of de schuldhulpverlener dan benoemd kan worden als stille bewindvoerder en of dat altijd nodig is. Die vraag wordt in de toelichting niet beantwoord. In de huidige situatie is het niet gebruikelijk dat de schuldhulpverlener of de Wsnp-bewindvoerder budgetbeheer doet. Dit wordt meestal een ongewenste vermenging van taken gevonden; de schuldenaar wordt daarom naar een andere instantie verwezen voor budgetbeheer. Is het de bedoeling van de Commissie dat de stille bewindvoerder wel budgetbeheer gaat doen? Zo ja, waarom? Kortom, het 'profiel' van de stille bewindvoerder is nog weinig uitgekristalliseerd. Het is evenwel essentieel dit profiel nauwkeurig te definiëren en de verhouding tussen het huidige minnelijke traject en de stille bewindvoerder af te bakenen, nu er grote investeringen (van overheden en particulieren) zijn gedaan in het huidige systeem van schuldhulpverlening en duidelijk moet zijn hoe dit aansluit op, dan wel vervangen wordt door het nieuwe systeem.

2.3.1.4 Taken en bevoegdheden schuldbegeleider (vraag 2d)

De NVvR is van mening dat ook het profiel van de schuldbegeleider in het voorontwerp onvoldoende duidelijk is. De schuldbegeleider oogt als een uitgekleden bewindvoerder Wsnp, zonder de mogelijkheid van ruggespraak met griffie of rechter-commissaris. Ten onrechte wordt ervan uitgegaan dat de schuldbegeleider zonder toezicht van de rechter-commissaris kan.¹¹ De druk op deze begeleider wordt aldus vergroot; hij moet het zelf uitzoeken en heeft als enige stok achter de deur het verzoek tot beëindiging van de inspanningstermijn (zie art. 7.3.7.).

De schuldenaar zal zelf voor de boedel moeten procederen (toelichting bij artikel 7.3.1. op p.171) als er nog een claim is. De gedachte van verkoop van de vordering staat ver af van de werkelijkheid, wanneer het om letselschade of claims in de familiesfeer gaat. De schuldbegeleider opereert blind, omdat er geen postblokkade in de inspanningsperiode bestaat (toelichting bij artikel 7.3.8, derde lid op p.175). Wanneer het de bedoeling is dat de begeleidersrol bij voorkeur door de oud-bewindvoerder wordt vervuld – het lijkt praktisch daarvoor in voorkomende gevallen te kiezen – dan zal deze bewindvoerder ervoor opteren zolang mogelijk in de voor hem veel werkbaarder periode van insolventie te blijven hangen. Voor de schuldenaar maakt dit wel uit, maar niet voor de duur van het totaal (zie vraag 2a). De schuldenaar kan bij de rechtbank geen klachten kwijt over de begeleider, kan zijn ontslag niet vragen en het boedelactief wordt niet meer op een door de rechtbank gecontroleerde wijze beheerd. De NVvR vraagt zich dan ook af wat de meerwaarde is van de voorgestelde schuldbegeleider. Mocht desondanks gekozen worden voor de schuldbegeleider, dan zou op zijn minst een taakomschrijving in de wet moeten worden opgenomen zoals die er thans is voor de bewindvoerder in algemene zin.

2.3.2 Informele reorganisatie van ondernemingen (kernpunt 3)

2.3.2.1 Stille bewindvoerder voor ondernemingen (vraag 3a)

De NVvR betwijfelt of het reorganiserende vermogen van ondernemingen wordt bevorderd door de instrumenten die de Commissie voorstelt. De Commissie lijkt zich sterk te hebben laten leiden door het verlangen om, door wijziging van de wettelijke regeling, de surseance van betaling of een variant daarop effectiever te maken. Is dit niet een illusie? Een sanering van een onderneming in moeilijkheden kan in de regel slechts slagen als het vertrouwen in (de voortzetting van) die onderneming gehandhaafd blijft en dat kan slechts als er in stilte, op een reële basis gesaneerd wordt. Het is in beginsel niet nodig daarbij de rechter te betrekken.

Echte informele reorganisaties worden meestal door ondernemingen zelf geregeld omdat veel ondernemingen wel iemand kunnen vinden die hen kan helpen.¹² Dat zal niet veranderen door een instrument als de benoeming van een stille bewindvoerder in het kader van een informele reorganisatie

¹¹ Zie hierover nader R.H.C. Jongeneel, *De inspanningstermijn na insolventie*, te verschijnen in het blad *Schuldsanering*.

¹² Op dit moment is bij de informele reorganisatie een belangrijke rol voor de banken weggelegd. In het najaar van 2007 was een workshop van Insolad aan dit onderwerp gewijd. De resultaten van succesvolle informele reorganisaties door banken waren volgens Insolad zeer goed te noemen.



(voorgesteld artikel 7.2.1.). Overigens blijft volgens de Commissie de aanstelling van de stille bewindvoerder voorbehouden aan de rechter, hetgeen al afbreuk doet aan het informele karakter. Als een groot deel van het toezicht over de bewindvoerders bij de rechter-commissaris wordt weggehaald en de rechter de (aan te stellen) bewindvoerder niet kent, is het bovendien de vraag of voor elke insolventie de meest geschikte bewindvoerder zal worden aangewezen.

2.3.3 Het “reorganiserend vermogen” in insolventie (kernpunt 4)

2.3.3.1 Benoeming schuldenaar tot medebewindvoerder (vraag 4f)

De NVvR acht de term “medebewindvoerder” verwarrend en daarom ongelukkig. Een bewindvoerder is per definitie ‘van buiten’ en dan is het onbegrijpelijk dat er een medebewindvoerder ‘van binnen’ is, terwijl dat nu juist de ‘onder bewind gestelde’ is. De NVvR vraagt zich af of het niet juister en zuiverder zou zijn het bestuur aan de bewindvoerder op te dragen en de schuldenaar slechts een adviserende stem en uitvoerende taak te geven? Dan kan, indien er een conflict ontstaat omdat de bewindvoerder het advies naast zich neerlegt, een gang naar de rechter worden gemaakt. De NVvR gaat ervan uit dat die gang naar de rechter ook in de voorstellen van de Commissie al mogelijk is als de bewindvoerder een bindende aanwijzing geeft.

2.3.3.2 Groter “reorganiserend vermogen” in insolventie? (vraag 4g)

Volgens de NVvR blijft in de praktijk het grote probleem dat niet tijdig aan de bel getrokken wordt en/of hulp wordt gezocht. Op dat punt voorziet het voorontwerp niet echt in nieuwe oplossingen of verrassend nieuwe inzichten.¹³ Artikel 8.1. houdt volgens de toelichting een codificatie in van de jurisprudentiële Beklamelnorm. De toelichting vermeldt niet waarom ervoor is gekozen juist deze jurisprudentie gebaseerd op artikel 6:162 BW te codificeren. Voor de verwante categorie van het verwijtbaar frustreren van (nakoming van) een reeds aangegane verplichting is expliciet in de toelichting vermeld dat die gevallen (onveranderd) dienen te worden getoetst aan de algemene normen van artikel 6:162 BW. De Beklamelnorm is weliswaar de bekendste onrechtmatige daad-vordering van een crediteur tegen een bestuurder, maar dat lijkt de NVvR op zichzelf geen afdoende reden om uitsluitend de Beklamelnorm te codificeren en andere normen, zoals deze in de rechtspraak zijn ontwikkeld, ongecodificeerd te laten. Wanneer de algemene maatstaf van artikel 6:162 BW als onvoldoende wordt ervaren, zou het misschien raadzamer zijn om een artikel in het BW te formuleren dat ziet op bestuurdersaansprakelijkheden, breder dan de Beklamelnorm, maar meer toegespitst op bestuurdersaansprakelijkheid dan het algemene artikel 6:162 BW.

Zoals blijkt uit de toelichting, neemt de Commissie bij dit artikel tot uitgangspunt dat een bestuurder van een rechtspersoon de opening van de insolventverklaring dient te verzoeken, indien is voldaan aan de gronden van artikel 2.2.1. Indien de bestuurder na dit moment van feitelijke insolventie nieuwe verplichtingen aangaat, dan is hij daarvoor in beginsel persoonlijk aansprakelijk jegens de betreffende schuldeiser. Artikel 8.1. sluit volgens de NVvR niet precies aan bij het huidige Beklamelcriterium, dat – kort gezegd – ziet op het aangaan van nieuwe verplichtingen namens de rechtspersoon in de geobjectiveerde wetenschap dat de rechtspersoon die verplichtingen niet zal kunnen nakomen én geen verhaal zal bieden voor de schade. Artikel 8.1. lijkt niet de nadruk te leggen op de mogelijkheid van nakoming van nieuw aangegane verplichtingen, maar op nakoming van de verplichtingen die al bestaan op het moment van het aangaan van een nieuwe verplichting. Wellicht kan dan minder snel tot Beklamel wetenschap worden geconcludeerd. Aan de andere kant vindt de NVvR de additionele eis van het niet bieden van verhaal voor de schade – die in de jurisprudentie trouwens nog niet ver is uitgewerkt – niet terug in het voorgestelde artikel.

Per saldo bevordert het voorgestelde artikel 8.1. niet dat bestuurders niet te lang wachten met ingrijpen. De bestuurdersaansprakelijkheid wordt daarentegen als het ware een tandje achteruit gezet in artikel 8.2. Het bewijsvermoeden wordt versoepeld ten gunste van de aansprakelijk gestelde bestuurder. Waar naar huidig recht onbehoorlijk bestuur vaststaat bij niet naleving van de boekhoudplicht en/of depotplicht en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van de insolventie is (zie artikel 2:138, tweede lid aanhef BW), zal voortaan ook het kennelijk onbehoorlijk bestuur een vermoeden worden. Wellicht is dit met betrekking tot niet-naleving of niet tijdige naleving van de depotplicht nog verantwoord, ten aanzien van schending van de boekhoudplicht lijkt dit niet gewenst en verdient de huidige situatie de voorkeur. Als de Commissie bestuurders daadwerkelijk meer in beweging wil krijgen, zou het voorontwerp verder moeten

¹³ Zie J.A.A. Adriaanse, Prof. Dr. J.G. Kuijk RA en prof. W.P. Moleveld RA, *Nieuwe faillissementswetgeving redt bedrijven niet*, Tvl 2007-5, nr. 30.

gaan dan uitsluitend het vastleggen van de Beklamefnorm en het versoepelen van de WBA-regels. Het voorontwerp bevat geen prikkels voor bestuurders om sneller aan de bel te trekken of hulp te zoeken.

De meest ingrijpende maatregel ter bevordering van het reorganiserend vermogen lijkt de invoering van de Wsnp-verdeelsleutel en daarop gebaseerde aanpassingen. Dat zou op zich kunnen bijdragen aan een grotere kans van slagen van reorganisatieakkoorden, nu dat de vergelijking wordt waarmee preferente crediteuren kijken naar een akkoordvoorstel. Akkoorden binden ook preferente crediteuren; zij kunnen gezien artikel 6.2.10 worden overstemd – ook als de sleutel van het akkoord ongunstiger is dan 2:1- en ook voor Wsnp-gevallen vervalt de stemming in groepen. Verder wordt de nieuwe verdeelsleutel mede de toetssteen van de rechtbank in het kader van homologatie (art. 6.2.18).

2.3.4 Versterking van de positie van gewone schuldeisers (kernpunt 5)

2.3.4.1 Uitbreiding van aan Wsnp ontleende uitkeringsregel tot alle insolventies (vraag 5a)

De uitkeringsregel kent een betrekkelijk eenvoudige herkomst in het kader van de Wsnp¹⁴ waarbij de wens concurrente crediteuren ook iets te gunnen (zij verliezen de rest van hun vordering door de schone lei), het bevorderen van het 'stok achter de deur'-effect van de wettelijke regeling en de promotie van het minnelijke traject de voornaamste aanjagers waren. Verschoof¹⁵ geeft aan dat waar dit systeem voor kleine betalingen nog verdedigbaar lijkt, dit bij de sanering van (grote) ondernemingen in faillissement en surseance niet meer opgaat. Precies dat is wat het voorontwerp nu ook wil. De commissie verwijst daartoe naar de Wsnp. Dat argument lijkt de NVvR onvoldoende. Ook de gedachte van het 'terugdringen van voorrechten' (toelichting p.139) leidt niet automatisch tot een 2:1 regel.

De NVvR mist verder een bespreking van de effecten buiten insolventie. Een beslag door een preferente crediteur, waar een reeds beslag gelegd hebbende concurrente crediteur last van heeft, zal voortaan automatisch gevolgd worden door een insolventieverzoek. Of moet de sleutel ook buiten insolventie van toepassing zijn?

Ook andere effecten zullen goed moet worden onderzocht voordat zou kunnen worden overgegaan tot uitbreiding van de uitkeringsregel tot alle insolventies. Om te beginnen leidt deze wijziging tot een aanzienlijke verzwaring van de uitvoeringslasten voor de rechtbanken, omdat in veel meer gevallen dan thans een verificatievergadering moet worden gehouden in de insolventie van een rechtspersoon.¹⁶ Het voorstel betekent immers in feite een afschaffing van de vereenvoudigde afwikkeling zoals die sinds 2002 is geregeld in artikel 137a e.v. van de Faillissementswet. Het betekent dat ook een groter deel van de boedels aan de kosten van de curatoren zal worden besteed. Ten slotte moeten ook de ontvangers van (niet zelden relatief geringe) bedragen daarvoor kosten maken. Het is de vraag of dit alles macro-economisch zinvol is. Het verdient in ieder geval aanbeveling de effecten hiervan te laten doorrekenen. Mocht de uitkeringsregel wel worden uitgebreid, dan is de NVvR van oordeel dat deze uitsluitend voor natuurlijke personen –niet ondernemers- zou dienen te gelden.

2.3.5 Verhouding van de bewindvoerder tot de schuldeisers en de rechter-commissaris

2.3.5.1 Beperking taak rechter tot geschilbeslechting (vraag 6a)

Het voorontwerp haalt het toezicht op de bewindvoerder weg bij de rechter-commissaris en legt dit in eerste plaats bij de schuldeisers. Volgens de Commissie verdient de huidige rol van de rechter-commissaris heroverweging (p.10). Onder het in het voorontwerp voorgestelde recht functioneert de rechter-commissaris meer op afstand van de bewindvoerder. Aldus wordt volgens de Commissie voorkomen dat: *“enerzijds de schijn wordt gewerkt dat de rechter-commissaris een soort ‘partner’ van de bewindvoerder is, terwijl anderzijds van hem verwacht wordt dat hij als onpartijdige autoriteit geschillen beslecht, klachten behandelt en het proces van de insolventie-afwikkeling bewaakt”* (p.10).

¹⁴ Zie mr. G.W. Baron van der Feltz, *Geschiedenis van de Faillissementswet, wetswijzigingen Deel 2-III*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p.636-638.

¹⁵ R.J. Verschoof, *Schuldsaneringsregeling voor natuurlijke personen*, NIBE 1998, 36, p.75 noot 150.

¹⁶ Nu komen verificatievergaderingen in faillissementen van *rechtspersonen* weinig voor. Verreweg de meeste boedels waarin er na betaling van de boedelkosten nog iets overschiet worden vereenvoudigd afgewikkeld (uitdeling alleen aan preferente schuldeisers). Slechts in naar schatting 1 à 2% van de faillissementen van rechtspersonen vindt een verificatievergadering plaats en volgt ook een uitdeling aan concurrente schuldeisers. De meeste verificatievergaderingen vinden plaats in faillissementen van *natuurlijke personen* na een mislukte schuldsanering, omdat daar vaak geen of geringe preferente schulden zijn.



Toezicht op insolventies is een rechterlijke taak

Toezicht op insolventies is een taak voor de rechter. Een insolventie leidt tot de gerechtelijke vereffening van een geheel vermogen. De schuldenaar heeft er recht op dat dit onder toezicht van de rechter gebeurt omdat het een aantasting van zijn eigendom is, immers hij verliest zijn beschikkingsbevoegdheid (artikel 23 Faillissementswet, artikel 4.1.1. voorontwerp). De schuldeisers hebben daar eveneens recht op omdat op die wijze de beste kans is op een goede opbrengst. Bovendien wordt ook hun eigendom (te weten hun vorderingsrecht) aangetast als er een schone lei wordt verleend. De NVvR acht het derhalve niet juist om het toezicht op – onder andere- de verkoop van de activa van de insolvent weg te halen bij de rechter-commissaris en neer te leggen bij de schuldeisers, zoals het voorontwerp voorstelt (artikelen 4.2.3. jo 4.2.1.5.)

Gedateerde denkbeelden over werkdruk bij het rechter-commissariaat

Indien het toezicht elders wordt neergelegd gaan de voordelen van het huidige rechterlijke toezicht volgens de NVvR verloren. Het lijkt er op dat de Commissie zich bij haar overwegingen om te komen tot algehele herziening van de Faillissementswet, en tot het voorstel om het toezicht van de rechter-commissaris \ te beperken, heeft laten leiden door gedateerde denkbeelden over de werkdruk bij het rechter-commissariaat.

De NVvR meent dat het argument dat de rechter-commissaris in de praktijk te weinig tijd kan vrijmaken voor het toezicht op faillissementen en surseances van betaling niet meer opgaat.¹⁷ In de eerste jaren na inwerkingtreding van de Wsnp was sprake van een grote instroom van Wsnp-zaken bij de insolventie-units van de rechtbanken. Deze instroom veroorzaakte aanvankelijk een aanzienlijke werkdruk bij de insolventie-units van de rechtbanken. Sindsdien is de instroom aan Wsnp-zaken echter gestabiliseerd, de rechters-commissarissen en hun ondersteunende staf zijn goed ingewerkt en momenteel zijn voldoende rechters-commissarissen en bewindvoerders beschikbaar. Ook is de delegatie van werkzaamheden steeds verder doorgevoerd.¹⁸ Bovendien leiden de, sinds 2005 in werking getreden, landelijke Richtlijnen van de Recofa in insolventies van natuurlijke personen niet alleen tot rechtseenheid, maar ook tot een efficiëntere afwikkeling van schuldsaneringen door de rechtbanken en de bewindvoerder. De verschillende bewindvoerders vallen nu onder het op dezelfde leest geschoeide toezicht (per arrondissement) en onder dezelfde Recofa-richtlijnen en rekenmethode vtlb. Bij uitvoering van de voorstellen van de Commissie komen zij zonder toezicht van de rechters-commissarissen in een vacuüm te opereren, hetgeen de rechtseenheid en de efficiëntie van schuldsaneringen niet zal bevorderen.

De rechter-commissaris in zijn rol als geschilbeslechter

De Commissie gaat ervan uit dat sprake is van een vermenging van rollen van de rechter-commissaris.¹⁹ De rechter-commissaris zit volgens de Commissie te dicht bij de bewindvoerder om tevens een onpartijdige geschilbeslechter te kunnen zijn. De NVvR merkt hierover het volgende op. De rechter-commissaris in zijn rol als geschilbeslechter is naar huidig recht alleen aan de orde bij verzoeken op grond van artikel 69 Faillissementswet. Deze worden relatief weinig gedaan, naar schatting in minder dan 2% van de faillissementen, terwijl artikel 317 Faillissementswet in schuldsaneringen nog veel minder wordt toegepast. Van de artikel 69-verzoeken is bovendien een aanzienlijk deel niet ontvankelijk omdat de verzoeker geen schuldeiser is of omdat hij een persoonlijk belang nastreeft. Blijven over de ontvankelijke verzoeken. Daarin gaat het veelal zo dat de rechter-commissaris als de verzoeker een reëel punt naar voren brengt een bemiddelende rol speelt, waardoor het niet tot een daadwerkelijk bevel van de rechter-commissaris komt, omdat het verzoek wordt ingetrokken. Dat verklaart ook waarom toewijzende 69-beschikkingen niet zo veel voorkomen. Blijven over de gevallen waarin de rechter-commissaris vindt dat de verzoeker ongelijk heeft en hij het verzoek dus afwijst. Daarbij hoeft het lang niet altijd zo te zijn dat de verzoeker denkt dat dat komt door de te nauwe band tussen de rechter-commissaris en de curator. Maar als hij dat al denkt, staat hoger beroep bij de rechtbank open. Het is al met al zeer de vraag of de 'twee petten' van de rechter-commissaris werkelijk als een probleem worden ervaren.

In ieder geval acht de NVvR het door de Commissie aanbevolen middel om aan deze 'kwaal' tegemoet te komen ondeugdelijk. Immers hebben de verschillende schuldeisers niet eveneens te maken met conflicterende belangen voor wat betreft het handelen van de bewindvoerder? Hoe kan in die gevallen goed toezicht op de beslissingen van de bewindvoerder worden gewaarborgd? Bovendien kan ook nog

¹⁷ Ook de minister van justitie gebruikte dit argument nog eind december 2006; *Kamerstukken II*, 2006/07, 27244, nr. 26 p. 15.

¹⁸ Zie ook R.H.C. Jongeneel, *De schone lei in het voorontwerp*, te verschijnen in het blad *Schuldsanering*.

¹⁹ In dit verband zijn instructief de ruime marges die het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in EHRM 6-6-2000 (onderdeel "Europees Hof voor de rechten van de mens") p.1630 inzake Morel tegen Frankrijk, laat voor bijvoorbeeld het optreden als rechter-commissaris Faillissementen en lid van de Raadkamer in dezelfde zaak.



de vraag gesteld worden of schuldeisers wel gevoelig zullen zijn voor andere belangen dan hun eigen belangen, zoals bijvoorbeeld maatschappelijke belangen.

Voor zover de Commissie aan deze bezwaren tegemoet wil komen door het benoemen van professionele niet-schuldeisers in een schuldeiserscommissie merkt de NVvR op dat dit leidt tot een ongewenste juridisering van de afwikkeling van insolventies, terwijl het bovendien sterk kostenverhogend zal zijn. Als de twee petten al een probleem zouden zijn, zou de taak van de rechter-commissaris beter kunnen worden beperkt tot 'zuiver toezicht' dan tot 'zuivere geschilbeslechting'. Dit zou kunnen gebeuren door in geval van een artikel 69-situatie de rechter-commissaris slechts een bemiddelende rol te geven (zoals ook thans op de verificatievergadering) en de beslissing bij de rechtbank te leggen, met hoger beroep bij het gerechtshof. De toezichthoudende taak van de rechter-commissaris is immers essentieel, zoals hierboven uiteengezet.

Overigens stelt de Commissie weliswaar voor het toezicht weg te halen bij de rechter-commissaris, maar in de praktijk laat zij de rechtbank nog steeds een rol spelen. Artikel 7.3.2., tweede lid bepaalt: "*de rechtbank kan de schuldenaar in verband met de van hem te vergen inspanning aanwijzingen geven en deze wijzigen*". Ook heeft de rechtbank tijdens de inspanningstermijn nog de bevoegdheid het nominale bedrag te wijzigen (artikel 7.3.2., derde lid).

De NVvR vraagt zich dan ook ten eerste af of er wel winst wordt bereikt door het (dagelijks) toezicht weg te halen bij de rechters-commissarissen en deze neer te leggen bij een schuldeiserscommissie, nu de rechtbank anderzijds weer een zwaardere taak opgelegd zal krijgen. De geschilbeslechting zal de rechtbanken vermoedelijk in de toekomst meer tijd gaan kosten, dan thans het geval is bij goed in het dossier ingewerkte rechters-commissarissen.

2.3.5.2 Mogelijkheden schuldeisers om te waken over hun eigen belangen en die van de gezamenlijke schuldeisers (vraag 6b)

Voor zover thans ervaringen zijn opgedaan met crediteurencommissies zijn deze nogal wisselend. In grote faillissementen kunnen zij een nuttige rol vervullen, maar er zijn ook crediteurencommissies bekend waarin schuldeisers uitsluitend hun eigen belang nastreven en de afwikkeling van de insolventie aanzienlijk compliceren en vertragen.²⁰

Slechts in weinig zaken zal voor schuldeisers de mogelijke opbrengst van het zich bemoeien met de afwikkeling van een insolventie opwegen tegen de kosten daarvan. Zij zullen daar dan ook van afzien. Het is dan ook zeer de vraag of in veel meer insolventies dan thans er commissies van schuldeisers tot stand zullen komen. Het voorontwerp voorziet in ruimere informatiemogelijkheden en in ruimere bevoegdheden. Dat zou wel de invloed van schuldeisers kunnen vergroten.

Er is, naar de NVvR meent, een aantal redenen waarom schuldeisersinvloed niet zo maar in de plaats kan komen van het toezicht door de rechter-commissaris:

- verreweg de meeste faillissementen eindigen in een opheffing ex artikel 16 Faillissementswet. Het is niet te verwachten dat dit onder de Insolventiewet anders wordt. In die zaken hebben de schuldeisers geen enkel belang bij bemoeienis met de afwikkeling van de boedel;
- indien er wel geld in de boedel zit en het tot uitdeling aan concurrente schuldeisers kan komen, hebben de schuldeisers met elkaar wel een zeker belang, maar dit is versnipperd, waardoor het in veel gevallen voor de individuele schuldeiser niet de moeite waard is om zich met een bepaalde insolventie in te laten. De rechter-commissaris heeft dit probleem niet;
- schuldeisers hebben in de regel geen of slechts een geringe ervaring met de afwikkeling van faillissementen en zijn daarom, anders dan de rechter-commissaris wiens dagelijks werk dit is, niet goed toegerust om inhoudelijk te beoordelen of de afwikkeling goed verloopt.

Ter ondervanging van dit probleem ligt voor de hand dat de schuldeisers een jurist, niet-zijnde een schuldeiser, naar voren schuiven als hun vertegenwoordiger in de schuldeisercommissie. Dit zullen dan bij voorkeur juristen zijn met een insolventieachtergrond (Insolad-leden of niet-advocaten die de Insolad opleiding hebben gevolgd). De vraag is wat de meerwaarde is van deze groep van niet-schuldeisers in de schuldeisercommissie boven de huidige regeling. Zij hebben geen specifieke kennis van de markt die schuldeisers wel kunnen hebben, zodat hun adviserende rol in dat opzicht beperkt is. De niet-schuldeiser-jurist heeft in beginsel dezelfde kennis en ervaring als de bewindvoerder.

²⁰ Zie bijvoorbeeld F.H. Tiethoff die wijst op zijn negatieve ervaringen als curator met de bemoeienis van schuldeisers bij de afwikkeling van faillissementen. Volgens hem waren de schuldeisers slechts uit op hun eigen belang en misten zij elke inzet om op te komen voor het algemeen crediteursbelang (F.H. Tiethoff, *Nieuwe schoenen, enige knelpunten in het Voorontwerp Insolventiewet*, TvL 2008-3 nr. 19)



De toezichhoudende taak van deze juristen in de schuldeiserscommissie kan, met minder kosten, ten minste even goed worden uitgevoerd door de rechter-commissaris. Het risico bestaat dat er een eigen wereld gaat ontstaan, waar het ene Insolad-lid (lid schuldeiserscommissie) het andere Insolad-lid gaat controleren. Zo komen er per insolventie niet één, maar tenminste twee insolventiespecialisten die min of meer hetzelfde werk doen, waarbij de kosten worden verdubbeld. Wanneer een jurist in de schuldeisercommissie komt, kan het zijn dat deze jurist er met name zit om in de gaten te houden of de bewindvoerder niet een fout maakt zodat hij kan worden aangesproken.²¹

RC-toezicht is van invloed op het succespercentage van insolventies van natuurlijke personen

De NVvR merkt op dat tijdens de meeste insolventies van natuurlijke personen er wel eens problemen zijn: de schuldenaar voldoet niet aan de inlichtingenplicht, heeft problemen met de inspanningsplicht, heeft nieuwe schulden of een achterstand in de afdracht aan de boedel. Vaak hebben natuurlijke personen meer dan één probleem. De rechter-commissaris speelt een essentiële rol bij het oplossen van deze problemen. Hij vraagt bijvoorbeeld opheldering bij de bewindvoerder, verzoekt de bewindvoerder de schuldenaar te wijzen op zijn verplichtingen of spreekt de schuldenaar aan op zijn tekortkomingen d.m.v. een verhoor. Het effect van een interventie door de rechter-commissaris is groot. Circa 59% van de gevallen (21,5% van het totale aantal zaken) komt nog goed na een dergelijke interventie. R.H.C. Jongeneel beschrijft de gevolgen van het weghalen van het toezicht van de rechter-commissaris tijdens de inspanningsperiode. Volgens hem valt de externe motivatie voor schuldbegeleiders weg en heeft de schuldbegeleider geen gezaghebbende rechter-commissaris achter zich om de schuldenaar op verplichtingen aan te spreken met als gevolg een daling van het succespercentage.²²

2.3.6. Insolventiefraude (kernpunt 7)

2.3.6.1 Verantwoordelijkheden bewindvoerder en rc m.b.t. strafbare feiten (vraag 7a)

Uit de artikelen 4.3.4 jo. 4.2.14 volgt dat de bewindvoerder die een redelijk vermoeden van strafbare feiten heeft, de rechter-commissaris daarover dient te informeren. De rechter-commissaris kan de bewindvoerder vervolgens opdragen daarvan aangifte te doen. Hoewel deze bepalingen op zichzelf niet strikt noodzakelijk zijn nu het een codificatie van de bestaande praktijk betreft, acht de NVvR opname daarvan gewenst. Deze bepalingen onderstrepen de wenselijkheid van aandacht voor faillissementsfraude bij alle betrokken partijen.

Het heeft uitdrukkelijk de voorkeur van de NVvR, de aangifte door de curator te laten verzorgen en niet door de rechter-commissaris zoals in de aanhef bij dit kernpunt is voorgesteld. Juist op dit punt acht de NVvR afstand gewenst. Ook de insolvent zou zich immers bij de rechter-commissaris kunnen beklagen over de (voorgenomen) aangifte. Bovendien past dit 'uitvoerende' werk niet in de toezichhoudende taak van de rechter-commissaris. Ten slotte is de bewindvoerder van de details van de insolventie op de hoogte, zodat hij ook om die reden de aangewezen persoon is om aangifte te doen.

2.3.6.2 Verantwoordelijkheid Staat voor afwikkelingskosten bij negatieve boedel (vraag 7b)

In zijn algemeenheid acht de NVvR de mogelijkheid van bezoldiging van bewindvoerders door de Staat in negatieve boedels wenselijk. De huidige situatie, waarin lege boedels gecompenseerd moeten worden met boedels waarin voor de curator wel wat te verdienen valt, heeft als nadeel dat een 'eerlijke verdeling' van de lege boedels en de daar tegenover staande boedels met actief (zelfs op kantoonniveau bezien en over een reeks van jaren) verre van eenvoudig is, terwijl dit ook een onzuiver element in het benoemingsbeleid is.

In het kader van faillissementsfraude hecht de NVvR eraan, op te merken dat in de huidige praktijk een niet doen van aangifte door de curator (in lege boedels) niet zozeer wordt ingegeven door het gebrek aan bezoldiging, maar door de prioriteitstelling bij de inzet van opsporingsmiddelen en vervolging.

2.3.6.3. Oordeel over bij voorontwerp gevoegde strafbepalingen (vraag 7c)

Nu een mogelijke rem voor toepassing van de huidige strafbepalingen is gelegen in de complexiteit ervan, juicht de NVvR een modernisering van de redactie van de strafbepalingen inzake faillissementsfraude toe. Over de vormgeving van de strafbepalingen zal de NVvR te zijner tijd adviseren.

²¹ R.J. van Galen suggereert dat ook in "De crediteurencommissie in faillissement" Tvl 2000, pag. 19 e.v.

²² Zie nader: R.H.C. Jongeneel, *De inspanningstermijn na insolventie*, te verschijnen in het blad Schuldsanering.



2.3.7 Professionele kwaliteit bewindvoerders en rechters

2.3.7.1 Concentratie insolventierechtspraak zinvol? (vraag 9c)

De Commissie stelt, met het oog op (verdere)professionalisering van het rechter-commissariaat, voor om insolventiezaken te concentreren in de hoofdplaatsen van de hofressorten (p.12). In haar brief aan de minister en de Vaste commissie voor Justitie in de Tweede Kamer over het rapport Rechtspraak is kwaliteit, dat in december 2006 is uitgebracht door de Commissie evaluatie modernisering rechterlijke organisatie onder voorzitterschap van W. Deetman²³ heeft de NVvR het volgende gezegd over de onderwerpen concentratie en specialisatie binnen de rechterlijke organisatie: *“De NVvR bepleit daarom dat de onderwerpen concentratie en specialisatie binnen de rechterlijke organisatie niet apart worden bezien, maar uitsluitend in het kader van een evenwichtige spreiding van de gehele eerstelijnsrechtspraak. Er moet gezorgd worden voor samenhang in de aanpak. De NVvR staat een lijn voor met een beperkte spreiding van specialistische onderwerpen maar een landelijke spreiding van de algemene zaken met voldoende grote units voor het hele terrein van de eerstelijnsrechtspraak, onder het motto: bereikbare rechtspraak”*.

Het is de vraag of grotere rechtbanken gebaat zijn bij concentratie. Concentratie leidt niet altijd tot kwaliteitsverbetering en bovendien zal concentratie het werk niet eenvoudiger maken. Zo kent bijvoorbeeld Rotterdam een grotere natte praktijk dan Den Haag; voor de in Rotterdam werkende rechter-commissaris die kennis heeft van deze praktijk is het derhalve gemakkelijker om zijn werk te doen, dan voor een elders opererende rechter-commissaris zonder kennis van lokale verschillen. Concentratie zal tot praktische problemen kunnen leiden. Is het de bedoeling dat sanieten straks 150 km gaan reizen of wordt gekozen voor een reizende rechter? Het is niet ondenkbaar dat concentratie leidt tot een niet werkbare schaalgrootte en daarmee al spoedig tot de vestiging van nevenzittingsplaatsen. Bovendien is insolventierecht niet een goed af te bakenen klein rechtsgebied (zoals bijv. octrooirecht), maar een essentieel onderdeel van het vermogensrecht. Iedere rechtbank heeft voor de afdoening van handels- en kantonzaken behoefte aan (eenvoudig te organiseren overleg met) rechters/ondersteuners die kennis hebben van goederenrecht, effecten van insolventies op procedures en juridische constructies. Dit klemmt temeer indien de plannen voor vergroting van de schaalgrootte van rechtbanken doorgang zullen gaan vinden.

De NVvR is van mening dat, mocht er al gekozen worden voor concentratie, deze niet zou moeten geschieden in gewone insolventies maar alleen op deelterreinen, zoals bijvoorbeeld insolventies van (grote) financiële instellingen. Overigens kan het met concentratie te bereiken doel (beter toegeruste rechters-commissarissen) ook op andere wijze bereikt worden, bijvoorbeeld door samenwerkingsverbanden tussen rechtbanken, waardoor de meest ervaren rechters-commissarissen kunnen worden belast met de zaken die meer dan gemiddeld gecompliceerd zijn. Informeel zijn er op allerlei gebied samenwerkingsvormen tussen de verschillende rechtbanken aan het ontstaan. Daarvan kan de samenwerking op het gebied van insolventies er zeker één zijn. Verder wijst de NVvR er op dat bij steeds meer rechtbanken het beleid thans is gericht op een langere zittingsperiode voor rechters-commissarissen en het volgen van een degelijke opleiding, waardoor zij gemiddeld steeds beter voor hun taak zijn toegerust; concentratie van zaken kan aan die specialisatie niet veel meer toevoegen. Bovendien moet worden bedacht dat beleidsafstemming niet per ressort maar landelijk plaatsvindt (in Recofa-verband). Dat moet zeker zo blijven.

2.3.8 Gezamenlijke afwikkeling (kernpunt 11)

Op zichzelf vindt de NVvR het niet onwenselijk dat dit onderwerp wettelijk wordt geregeld, hoewel het ontbreken van een wettelijke regeling in de praktijk tot nu toe niet tot problemen heeft geleid. Er bestaat ook geen bezwaar tegen de ruimere formulering, om ook in andere gevallen dan vermenging van boedels te consolideren. In de toelichting staat expliciet vermeld dat het nog steeds de bedoeling is consolidatie terughoudend toe te passen, zoals thans ook praktijk is. Bij de meeste rechtbanken is het beleid dat de rechter-commissaris hiervoor toestemming moet verlenen, welke toestemming slechts verleend wordt *‘als het niet anders kan’*, dat wil zeggen als de verschillende boedels redelijkerwijs niet afzonderlijk kunnen worden afgewikkeld.

Afgaande op de toelichting van de Commissie, kan het verzoek tot consolidatie direct bij aanvang met het verzoek tot insolventverklaring worden ingediend, of later tijdens insolventie. Voor zover dit verzoek tijdens insolventie wordt gedaan lijkt het de NVvR niet efficiënt dit aan de rechtbank voor te leggen. Het is

²³ Brief d.d. 20 juni 2007, met kenmerk E.5.7.2./1379/MK.



veel praktischer dit aan de desbetreffende rechter-commissaris voor te leggen, zoals ook thans in de praktijk het geval is. Deze kent het dossier en kan snel tot een oordeel komen. Het bezwaar van voldoende afstand houden e.d. gaat naar het oordeel van de NVvR niet op. Beslissen op dit verzoek bevindt zich meer in de sfeer van een ordemaatregel, zeker nu alle betrokkenen moeten worden gehoord.

Voor verzoeken die direct met het verzoek om insolventverklaring worden ingediend merkt de Commissie volgens de NVvR terecht op dat daarover waarschijnlijk pas later kan worden beslist, nadat de bewindvoerder (en schuldeisercommissie?) daarover heeft geadviseerd. Ook in deze gevallen lijkt het de NVvR efficiënter dit door de desbetreffende rechter-commissaris te laten beoordelen.

2.3.9 Insolventieraad (kernpunt 14)

2.3.9.1 Instelling Insolventieraad zinvol? (vraag 14a)

De NVvR ziet geen voordelen van het instellen van een Insolventieraad. In de praktijk werken Recofa en Insolad reeds als fora waarin enerzijds rechters anderzijds curatoren komen tot afspraken over hoe in bepaalde gevallen te handelen. Daarnaast functioneert er in (vrijwel) ieder arrondissement een overleg tussen rechtbank en curatoren c.q. Wsnp-bewindvoerders. Er zijn dus voldoende overleg- en beleidsfora. De voorgestelde Insolventiewet is meer gedetailleerd dan de huidige Faillissementswet; een nadere invulling door de Insolventieraad kan leiden tot bureaucrativering van het insolventierecht. De voorgestelde raad kan de onafhankelijke rechter geen instructies geven; de instelling van zulk een raad zal nopen tot veel afstemmingsoverleg met de bestaande beleidsfora.

4. Conclusie

De NVvR reageert in dit advies op een aantal van de vraagpunten die in het kader van de consultatie over het voorontwerp van wet van de Commissie Insolventierecht zijn opgesteld.

In het algemeen stelt de NVvR zich op het standpunt dat de voorgestelde eenvormige insolventieprocedure onvoldoende rekening houdt met het eigen karakter en het doel van de schuldsanering van natuurlijke personen. De wettelijke regeling van de schuldsanering van natuurlijke personen is nog onlangs herzien, juist in verband met de eisen die de praktijk stelt. In het bijzonder zet de NVvR vraagtekens bij een toetsing van de goede trouw van de schuldenaar die alleen achteraf plaatsvindt, zoals door de Commissie voorgesteld.

De NVvR is geen voorstander van de voorgestelde concentratie van insolventiezaken in de hoofdplaats van de ressorten. De NVvR is voorstander van het behoud van de toezichhoudende rol van de rechter-commissaris. Om verscheidene redenen valt niet te verwachten dat dit toezicht met succes kan worden overgenomen door een commissie van schuldeisers. Voor de overige opmerkingen van de NVvR wordt verwezen naar de tekst van het advies.

Den Haag, 1 september 2008

Namens het hoofdbestuur van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak,
de Wetenschappelijke Commissie,

F.F. Langemeijer,
Voorzitter

