

EEN BLIK OP DE TOEKOMST VAN SCHULDSANERINGS- BEWINDVOERING IN NEDERLAND

Prof. mr B. Wessels

* Juridisch adviseur, Dordrecht; Hoogleraar Internationaal Insolventierecht Universiteit Leiden

*Lezing ter gelegenheid van het 10-jarig bestaan van de Beroepsvereniging
Bewindvoerders WSNP, 19 december 2013, Utrecht*

1. Inleiding

1. Vooreerst wil ik u feliciteren met uw 10-jarig bestaan als beroepsvereniging. Uw verjaardag valt nagenoeg samen met het 15-jarig bestaan van de WSNP op 1 december j.l. Ik dank het bestuur ook voor de uitnodiging om voor u te spreken, om - zoals op de kaart staat '... het gordijn van de toekomst een klein stukje op te lichten. Wat wordt onze horizon?'

2. Tja, wat wordt die horizon? Hier haak ik aan op hetgeen Winston Churchill ooit eens zei over wat politici nodig hadden:

'The ability to foretell what is going to happen tomorrow, next week, next month and next year: and the ability afterwards to explain why it did not happen'.

3. Eerst iets over mijzelf. Mijn bemoeienis met de wet schuldsanering natuurlijke personen (of WSNP), zoals Titel III van de Faillissementswet nog vaak wordt aangeduid, is bescheiden. In mijn serie *Wessels Insolventierecht* heb ik eind 2012 de derde druk van Deel IX over Schuldsaneringsregeling natuurlijke personen gepubliceerd. Ik weet dus iets van de, overigens vrij complexe regelgeving en de rechtspraak daaromheen, maar over het daaraan voorafgaande minnelijke traject weet ik niet meer dan wat ik daar af en toe over lees. Dat wil niet zeggen dat dat voortraject minder belangrijk is, want de Faillissementswet heeft – als het goed is – slechts een rol aan het eind van de schuldhulpketen.¹ In zijn begeleidende brief bij de negende monitor WSNP, schreef de Staatsecretaris op 22 oktober dit jaar:

'... Ik stel vast dat een zo goed mogelijk georganiseerd buitengerechtelijk voorportaal van groot belang is voor het goed functioneren van de Wsnp als sluitstuk in de schuldenproblematiek. De rechter moet zich alleen

¹ Vergelijk Joke de Kock, Menselijke maat. 15 jaar WSNP, een blik vanuit de minnelijke schuldhulpverlening, in: WSNP Periodiek 2013/4, p. 1 e.v.

buigen over die zaken die niet langs buitengerechtelijke weg kunnen worden afgedaan’.

Voor veel gevallen is de minnelijke schuldhulp de juiste oplossing, maar uit de cijfers blijkt dat het doorstroompercentage van de aanvragers van schuldhulp dat na het volgen van een schuldhulptraject wordt doorverwezen naar de Wsnp op omstreeks 25% ligt.²

4. Daarnaast ben ik als raadsheer-plaatsvervanger in het Hof Den Haag betrokken bij hoger beroepszaken die betrekking hebben op insolventievraagstukken.³ Daaronder zitten soms hoger beroepszaken in schuldsaneringen. Uit de brief van de Staatssecretaris leer ik dat in 2012 in totaal 13.755 mensen zijn toegelaten tot de Wsnp (dat is 967 minder dan in 2011). Het afwijzingspercentage van de verzoeken tot toelating ligt in 2012 hoger dan in 2011: 19,6% tegenover 17,1%. Ik lees ook dat driekwart van de uitspraken van de rechtbank inzake weigering van toepassing van de Wsnp door de Hoven worden bekrachtigd. Bij de afdoening in hoger beroep van tussentijdse beëindigingen is het beeld vergelijkbaar, namelijk dat tweederde van de uitspraken van de rechtbank werd bekrachtigd en ongeveer 10% werd vernietigd.

5. Mijn perspectief is dus vooral bestuderen van wetgeving⁴ en rechtspraak, met een zeer bescheiden bijdrage aan die rechtspraak. Ik ga vanmiddag verder alleen op wetgeving in.

6. Dames en heren. Op 26 november vorig jaar is door de Minister van Veiligheid en Justitie in het kader van het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht een aantal maatregelen aangekondigd om het reorganiserend vermogen van bedrijven te versterken.⁵ Herijking van recht door de wetgever lijkt me overigens wat te veel van het goede, bedoeld zal zijn herijking van de Faillissementswet.

7. Uit het wetgevingsprogramma voor 2014, gepresenteerd bij brief van 27 juni 2013, blijkt dat het kabinet wil dat nog deze kabinetsperiode ‘...

² Zie Brief Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer d.d. 22 oktober 2013, Kamerstukken II 2013/14, 33 750, nr. 6 (hierna: Brief Staatssecretaris). Over de 9^e monitor, zie G.H. Lankhorst, De rechtspraktijk van de schuldsanering in 2012 onderzocht, in: Bedrijfsrechtelijke berichten (Bb) oktober 2013, p. 235 e.v.

³ Over het rechterlijk werk, zie <http://minnelijk.modusvivendi.nl/Okttober-2008/Interview-met-prof.-dr.-mr.-B.-Wessels.html>.

⁴ Alsook het doen van voorstellen daarover; ik was lid van de Commissie-Kortmann die in 2007 een Voorontwerp Insolventiewet aan de Minister van Veiligheid en Justitie aanbood. In januari 2011 (Kamerstukken II 2010/11, Aanhangsel 1014) heeft de minister in antwoord op Kamervragen laten weten met het Voorontwerp in zijn huidige vorm niet door te willen gaan.

⁵ Kamerstukken II 2012/13, 29 911, nr. 74.

het faillissementsrecht stevig [wordt] gemoderniseerd'.⁶ Er is een aantal wetsvoorstellen tot verwachten over onderwerpen als (i) de voorbereiding voor een doorstart in faillissement, (ii) dwangakkoord buiten faillissement, (iii) doorleveringsverplichting voor leveranciers van essentiële goederen en diensten, (iv) aanpak faillissementsfraude, (v) versterking van de positie van de curator, (vi) modernisering van faillissementsprocedures, (vii) een bestuursverbod voor vijf jaar indien een bestuurder zich schuldig maakt aan onbehoorlijk bestuur.

8. Deze onderwerpen heb ik nu zo over u heengegoid omdat het lijkt dat de wetgever in Den Haag gecharmeerd van de zogenoemde bomen-bos aanpak; door al die afzonderlijke voorstellen ziet men eigenlijk het grotere geheel niet meer. De kritiek dat er kennelijk zes of zeven verschillende wetsvoorstellen aankomen is ook de Minister ter ore gekomen. Hij probeert deze te pareren in een brief van 15 november j.l. aan de Tweede Kamer.⁷

9. Hij legt uit dat het faillissement van een bedrijf of natuurlijk persoon veelal ingrijpende gevolgen heeft die zich uitstrekken tot verschillende rechtsgebieden, te weten het eigenlijke faillissementsrecht, meerdere onderdelen van het privaatrecht – zoals het goederenrecht en het contractenrecht, maar ook het rechtspersonen- en vennootschapsrecht – en het strafrecht. Bovendien, zegt de Minister, is sprake van diverse bij een faillissement betrokken private en publieke, vaak onderling tegenstrijdige belangen, zoals belangen van schuldeisers, de rechten van werknemers van wie de arbeidsplaats in het geding is, de mogelijkheden om te komen tot een doorstart en het onderzoek naar eventuele fraude. Bij de diverse voorgenomen wetswijzigingen gaat het volgens de Minister '... enerzijds om zeer verschillende onderwerpen die zich situeren op duidelijk te onderscheiden rechtsterreinen.' Bij 'enerzijds' is er natuurlijk ook een anderzijds, en dat zijn volgens de minister de dwarsverbanden tussen de te regelen onderwerpen: '... Dit alles maakt de herijking van het faillissementsrecht tot een complexe aangelegenheid die ertoe dwingt de voorgenomen wetswijzigingen uit te werken in verschillende wetsvoorstellen.'

Ik laat aan u om te beoordelen of deze noodzaak wel zo dwingend is.

Maar er is nog een argument: afzonderlijke voorstellen bieden ook ruimte voor inbreng van verschillende stakeholders. En dan is er nog een derde argument: 'Tegelijkertijd', aldus de Minister, '... is het eveneens van

⁶ Kamerstukken II 2012/13, 33 695, nr. 1.

⁷

<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2013/11/16/wetgevingsprogramma-herijking-faillissementsrecht.html>

belang de coherentie van het faillissementsrecht te blijven garanderen. Ik heb er daarom voor gekozen het programma te baseren op een programmastructuur bestaande uit drie pijlers. Elke pijler omvat één van de drie hoofdonderwerpen; te weten fraudebestrijding, versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven en modernisering van de faillissementsprocedure.'

Hoe gaat de minister dan te werk? En wat betekent dat voor u?

De minister schrijft: 'Voorts geldt als gemeenschappelijk uitgangspunt dat het programma uitgaat van een pragmatische en probleemgerichte benadering. Inzet is om in permanent overleg met de stakeholders te komen tot concrete oplossingen voor concrete problemen, waarbij bovendien een bijdrage wordt geleverd aan de stroomlijning van de faillissementsprocedure en het terugdringen van de maatschappelijke kosten die met faillissementen samenhangen. Deze programmastructuur maakt het mogelijk de samenhang en afstemming tussen de verschillende wetsvoorstellen te bewaken.'

Het is een fraai verhaal, maar het lijkt me een schier idyllische voorstelling van zaken die alleen met strenge regie te handhaven is, maar die zeker ten koste gaat van inzichtelijkheid.

Ik volg nu gemakshalve de door de Minister gepresenteerde drie-pijler structuur.

2. Aanpak fraude bij faillissementen

10. Binnen de 'fraude-pijler' worden voorstellen gedaan om laakbaar handelen bij of voorafgaand aan faillissementen aan te pakken. Momenteel worden drie wetsvoorstellen voorzien:

- de introductie van de mogelijkheid tot oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod;
- de herziening van het strafrechtelijk faillissementsrecht, en
- de invoering van een fraudesignalerende taak voor curatoren.

11. In maart 2013 is een voorontwerp betreffende de introductie van een civielrechtelijk bestuursverbod voor consultatie vrijgegeven. De rechter kan een frauderende bestuurder een civiel bestuursverbod opleggen waarna deze maximaal vijf jaar geen rechtspersoon meer mag besturen. Vereist is dat het laakbare gedrag zich heeft voorgedaan binnen drie jaar voorafgaand aan het faillissement van het bedrijf dat door de bestuurder werd geleid. De maatregel is gericht op een effectievere bestrijding van faillissementsfraude. Het kabinet wil verhinderen dat frauderende bestuurders hun activiteiten kunnen blijven voortzetten door hun fraudeleuze activiteiten te maskeren met een web van rechtspersonen of

door steeds nieuwe ondernemingen op te richten en deze vervolgens failliet te laten gaan.

12. De kern van het voorstel is dat op verzoek van het Openbaar Ministerie of op vordering van de curator de rechtbank een bestuursverbod kan uitspreken jegens de bestuurder van een rechtspersoon die zijn taak tijdens of in de drie jaren voorafgaand aan het faillissement kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld.

Een bestuurder heeft zijn taak in ieder geval kennelijk onbehoorlijk vervuld in een vijftal gevallen⁸, waarvan ik nu noem het geval dat voldaan is aan de voorwaarden voor bestuurdersaansprakelijkheid als bedoeld in art. 2:138/248 BW, indien een paulianavordering is geslaagd of indien de bestuurder, in de drie jaar voorafgaand aan het faillissement van de rechtspersoon, hetzij als zodanig, hetzij als natuurlijke persoon handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf, tweemaal betrokken is geweest bij een eerder faillissement.

13. Het rechterlijk bestuursverbod wordt vastgelegd in art. 106a-d van de Faillissementswet.⁹ Het verbod wordt volgens de ontwerp tekst verzocht door het OM (in het algemeen belang) of door de curator. De vraag rijst of een dergelijk verzoek wel past binnen de wettelijke taak als curator, immers werkend ten behoeve van de belangen van de schuldeisers.

14. Art. 106a lid 6 in het voorstel bepaalt dat de regeling van overeenkomstige toepassing is op de natuurlijke persoon die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, zodat in art. 106a aanhef waarschijnlijk gelezen moet worden dat ook de bewindvoerder (WSNP) dat verbod kan vragen.¹⁰

⁸ “a. is voldaan aan de voorwaarden voor bestuurdersaansprakelijkheid, bedoeld in de artikelen 138, eerste lid, of 248, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek;

b. rechtshandelingen zijn verricht die op grond van één of meer van de artikelen 42 tot en met 46 zijn vernietigd en één of meerdere schuldeisers hierdoor aanmerkelijk zijn benadeeld;

c. de bestuurder, ondanks een verzoek van de curator, in ernstige mate tekortschiet in zijn informatie- en medewerkingsverplichtingen, bedoeld in deze wet, jegens de curator;

d. de bestuurder, in de drie jaar voorafgaand aan het faillissement van de rechtspersoon, hetzij als zodanig, hetzij als natuurlijke persoon handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf, tweemaal betrokken is geweest bij een eerder faillissement; of

e. aan de bestuurder of de rechtspersoon een bestuurlijke boete wegens een vergrijp als bedoeld in de artikelen 67d, 67e of 67f van de Algemene wet inzake rijksbelastingen is opgelegd.”

⁹ Het verbod is te onderscheiden van het strafrechtelijke beroepsverbod ex art. 349 lid 2 Sr.

¹⁰ Wordt een bestuursverbod opgelegd, dan kan de betrokkene bij geen enkele rechtspersoon aanblijven als bestuurder. Ook kan hij niet opnieuw als bestuurder of commissaris worden benoemd. Er komt ook een register dat de notaris en de Kamer van Koophandel in staat stelt op eenvoudige wijze (online) na

15. Uit de brief van 15 november j.l. blijkt dat de ontvangen reacties op de consultatie aanleiding hebben gegeven het ontwerp op onderdelen aan te passen, overigens onder vasthouding aan het uitgangspunt dat malafide bestuurders voor een periode van maximaal vijf jaar een bestuursverbod opgelegd kunnen krijgen. Faillissementsfraude ondermijnt immers het handelverkeer, is competitievervalsend en kan grote schadelijke gevolgen voor individueel benadeelden hebben. Daarom is er ook elders een vorm van een bestuursverbod, onder meer in Engeland, Duitsland, Verenigde Staten en Australië. Het wetsvoorstel is, zo blijkt uit de brief, inmiddels ter advisering aan de Afdeling advisering van de Raad van State aangeboden.

16. Ook heeft de afgelopen maanden consultatie plaatsgevonden over het voorontwerp herziening van de strafbaarstelling van faillissementsfraude. De reacties op deze consultatie waren positiever. Algemene instemming is er met de strafbaarstelling van het niet afgeven van of niet beschikken over een volledige administratie bij faillissement. Wanneer er geen volledige administratie aanwezig is, frustreert dit in belangrijke mate de voorspoedige afwikkeling van faillissementen. Het ministerie werkt momenteel aan aanpassing van het voorstel en streeft ernaar het wetsvoorstel begin 2014 aan de Afdeling advisering van de Raad van State voor te leggen. Het spreekt voor zich dat ook natuurlijke personen onderwerp van dit voorstel zijn.

17. Even een zijpad. Om te voorkomen dat veroordeelden hun straf te laat of niet volledig ondergaan, of zelfs ontlopen, komt binnenkort de regie over de tenuitvoerlegging in handen van de minister van Veiligheid en Justitie in plaats van het bij het Openbaar Ministerie. Doel is de organisaties in de uitvoeringsketen van strafrechtelijke beslissingen efficiënter te laten samenwerken om straffen sneller en beter uit te voeren en slachtoffers, nabestaanden, zorginstanties en gemeenten beter te informeren over de veroordeelde en zijn straf. De bedoeling is dat ná het opleggen van de straf snel de uitvoering volgt. Op dit moment zitten daar soms maanden tussen. Straks kan de tenuitvoerlegging starten binnen dertig dagen na de sanctiebeslissing. Houdt een veroordeelde zich niet aan gestelde voorwaarden of voert hij een taakstraf niet naar behoren uit, dan kunnen – als stok achter de deur – ook vervolgbeslissingen sneller worden genomen.

te gaan of een persoon die een onderneming wil oprichten of als bestuurder wil worden ingeschreven een bestuursverbod heeft.

Dit wetsvoorstel strekt tot het regelen van de dadelijke tenuitvoerlegging van gevangenisstraffen. Hiermee wordt uitvoering gegeven aan het regeerakkoord, waarin is aangegeven dat in eerste aanleg opgelegde (gevangenis)straffen van meer dan twee jaar direct zullen worden geëffectueerd. Bij een delict met slachtoffers geldt dit voor straffen van meer dan één jaar.¹¹

Art. 6:1:22 (76a, 77m, negende lid, Sr) geeft in lid 1 aan dat de tenuitvoerleggingstermijn ingaat op de dag na die waarop de rechterlijke uitspraak of de strafbeschikking ten uitvoer kan worden gelegd. Maar, staat er lid 7: ‘De tenuitvoerleggingstermijn loopt ten aanzien van veroordelingen tot betaling als bedoeld in artikel 358, vierde lid, onder a tot en met c, van de Faillissementswet niet gedurende de tijd dat de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen op de veroordeelde van toepassing is.’

18. Dit wetsvoorstel kent ook een art. 6:4:7 (576 Sv) over verhaal zonder dwangbevel. Verhaal kan zonder dwangbevel worden genomen op (lid 1):

- a. inkomsten in geld uit arbeid van de veroordeelde;
- b. pensioenen, wachtgelden en andere uitkeringen waarop de veroordeelde aanspraak heeft;
- c. het tegoed van een rekening bij een bank¹²

Verhaal geschiedt door middel van een schriftelijke kennisgeving van Onze Minister, maar lid 8 bepaalt: ‘Verhaal zonder dwangbevel kan niet worden genomen als de veroordeelde valt onder de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, bedoeld in Titel III van de Faillissementswet.’

19. In de brief van 15 november j.l. wordt ook ingegaan op de voorbereiding van het voorontwerp tot versterking van de positie van de curator. In de afgelopen maanden is in overleg met de praktijk de mogelijkheid om de curator te betrekken bij de bestrijding van faillissementsfraude (ik citeer) ‘... verder verkend.’ Lees: dit is een heel lastig dossier omdat de curator een onafhankelijke, bij de wet aangestelde persoon is die de belangen van schuldeisers moet dienen en niet een taak in het algemeen belang heeft. De minister blijft echter op koers. Het is zijn streven te komen tot maatregelen die curatoren zullen stimuleren om bij hun onderzoek naar de oorzaken van het faillissement meer nog dan nu het geval is aandacht te besteden aan mogelijke signalen van fraude en om, wanneer deze signalen aanwezig blijken te zijn, deze te melden: ‘...

¹¹ Kamerstukken II 2012/13, 33 410, nr. 15, p. 25.

¹² als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht, waarover de veroordeelde te eigen bate mag beschikken, alsmede, indien de bank en de veroordeelde in samenhang met die rekening een overeenkomst inzake krediet zijn aangegaan, op uit het ingevolge die overeenkomst verstrekte krediet.

De curator is immers de eerste om mogelijke fraudesignalen op te pikken. Het gaat dan niet aan die wetenschap onbenut te laten. De dialoog met de praktijk is inmiddels geïntensiveerd, opdat de afronding van het voorontwerp kan worden versneld.’ Centraal in het overleg, zo begrijp ik uit die brief, staat de vraag hoe de curator – zowel financieel als praktisch – gefaciliteerd kan worden, en hoe de meldingsplicht het beste vorm kan worden gegeven. Hoe dit gefinancierd gaat worden blijft een punt van aandacht en zorg: ‘... Het overleg over dit alles is nog gaande, en mede afhankelijk van de vormgeving van de fraudesignalerende taak van de curator. Ik kan op de uitkomsten daarvan nu niet vooruitlopen.’¹³

Ik voeg toe dat een consequente wetgever een dergelijke fraudemeldingsplicht niet alleen op de curator, maar ook op de wsnp-bewindvoerder zou moeten leggen, maar of dit het geval zal zijn is momenteel onduidelijk.

3. Versterking reorganiserend vermogen van bedrijven

18. Ik kom nu aan de tweede pijler: de versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven om faillissementen zoveel mogelijk te voorkomen. De idee is om ondernemers te stimuleren tijdig hulp te zoeken wanneer betalingsonmacht dreigt en dat wordt gewerkt aan maatregelen om reorganisatie, herstructurering en doorstart buiten faillissement te faciliteren. Daarnaast zullen maatregelen worden getroffen om de continuering van de onderneming in een onvermijdelijk faillissement te bevorderen en om een doorstart van levensvatbare bedrijfsonderdelen na faillissement te bespoedigen. Momenteel bestaat deze tweede pijler uit drie wetsvoorstellen:

- de zogenoemde Wet continuïteit ondernemingen I, die ziet op de invoering in de Faillissementswet van de mogelijkheid voor de rechtbank om al vóór een mogelijk faillissement in stilte aan te wijzen wie zij zal aanstellen als curator. Ik maak daar zo nog een opmerking over.
- een regeling betreffende de totstandkoming van een dwangakkoord buiten faillissement, die vorm zal krijgen met een nog in te dienen voorstel voor de Wet Continuïteit Ondernemingen II, en
- verschillende maatregelen ten behoeve van de voorzetting van de onderneming in faillissement, waaronder een doorleveringsverplichting voor leveranciers van essentiële goederen en diensten. Deze

¹³ Wel kan de Minister meedelen dat de pilot voor de aanpak van eenvoudige faillissementsfraudezaken, die is gestart door het arrondissementsparket in Den Haag samen met de politie en in het bijzonder het fraudespreekuur dat in dit kader is ingericht, de nodige inzichten verschaffen en een bron van inspiratie zijn. In de brief van 26 november 2012 over dit programma informeerde de minister over deze pilot.

doorleveringsverplichting wordt uitgewerkt in een voorstel voor de Wet Continuïteit Ondernemingen III. Een voorontwerp zal in het voorjaar van 2014 in consultatie worden gegeven. Ik denk overigens dat bedoeld is ‘doorlevering’ niet van ‘goederen’, want daaronder valt ook ‘geld’, maar van ‘zaken’.

19. De met de Wet Continuïteit Ondernemingen II in te voeren regeling van het dwangakkoord buiten faillissement zal behelzen dat schuldeisers of aandeelhouders die onredelijk dwarsliggen bij een door de meerderheid van de schuldeisers of aandeelhouders ondersteunde sanering van de schulden van de onderneming, kunnen worden gedwongen aan een zodanige sanering mee te werken indien daardoor een faillissement kan worden voorkomen. In de regeling zullen schuldeisers in verschillende klassen worden verdeeld, bijvoorbeeld separatisten (hypotheekverstrekkers en pandhouders), preferente schuldeisers, gewone schuldeisers en aandeelhouders. De idee is dat aan elk van deze klassen een separaat akkoord wordt voorgelegd, waarover zij dan kan stemmen. Indien de meerderheid van de schuldeisers in de desbetreffende klasse met het akkoord instemt, kan het akkoord ook verbindend worden voor de andere schuldeisers en aandeelhouders binnen die klasse. Uitgangspunt van de regeling zal zijn dat slechts die schuldeisers die in het geval van faillissement zouden delen in de uitkering over het akkoord kunnen stemmen. Thans wordt in overleg met de stakeholders en deskundigen uit de praktijk gewerkt aan de nadere vormgeving van de regeling, zo zegt de Minister. Een voorontwerp van de Wet Continuïteit Ondernemingen II kan naar verwachting begin 2014 in consultatie worden gegeven.

Het is niet vermetel om te veronderstellen dat de regeling zal worden geïnspireerd door die van art. 287a Fw, het dwangakkoord bij de schuldsaneringsregeling.

20. Dan nog een enkel woord over de WCO I. Waar de WSNP 15 jaar geleden zorgde voor een Titel III in de Faillissementswet leidt de WCO I ertoe dat ná art. 362 Fw een nieuwe titel IV in de wet wordt opgenomen, met de benaming ‘Buiten faillissement en surseance van betaling’. De Eerste Afdeling daarin heeft betrekking op de ‘Aanwijzing van een beoogd curator of een beoogd bewindvoerder en een beoogd rechter-commissaris’ (en dan volgen vijf ontwerp-wetsartikelen, art. 363-367).

21. Het voorontwerp van de WCO I is twee maanden geleden, op 22 oktober j.l., in consultatie gegeven. Deze staat open tot medio januari 2014.

Doel van de regeling is het invoeren van de mogelijkheid tot het aanwijzen door de rechtbank van een ‘beoogd curator’ om de afwikkeling

van faillissementen te faciliteren en de doorstart van levensvatbare bedrijfsonderdelen na faillissement te bespoedigen zodat waarde en werkgelegenheid behouden kunnen blijven. De regeling sluit aan, zo zegt het persbericht, bij een praktijk die zich in de afgelopen jaren bij een aantal rechtbanken heeft ontwikkeld. U moet dan denken aan doorstarts van de Schoenenreus, de Haarlemse Smit, championterler Prime Champ of lingeriebedrijf Marlies Dekkers. Het wetsvoorstel beoogt die praktijk een juridisch kader te bieden bestaande uit procedurevoorschriften en regels over de taken en bevoegdheden van de betrokkenen. Daarbij wordt ruimte gelaten aan de praktijk om zich verder te ontwikkelen.

22. Expliciet is ervoor gekozen om een kaderregeling te treffen waaraan de praktijk dan een nadere invulling kan geven. De Toelichting zegt: ‘Op dit moment zijn er al Recofa richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling. De Recofa heeft aangegeven dat zij voornemens is soortgelijke richtlijnen of aanwijzingen op te stellen betreffende de hierbij voorgestelde wettelijke regeling tot aanwijzing van een beoogd curator.’

In deze richtlijnen zou dan onder meer nadere duiding kunnen worden gegeven aan wat qua onderbouwing van het verzoek van de schuldenaar tot de aanwijzing van een beoogd curator of beoogd bewindvoerder verwacht wordt of welke voorwaarden kunnen worden gesteld om een doorstart te realiseren (ervoor zorgen dat de beste prijs tot stand komt; al dan niet waardering van de onderneming door een onafhankelijke deskundige; het opstellen van een meer gedetailleerd plan voor de redding van de levensvatbare gedeelten van de onderneming; de opdracht aan de beoogd curator om binnen de grenzen van de noodzakelijke geheimhouding te zoeken naar een andere potentiële koper van de levensvatbare delen van de onderneming). Ook kan worden gedacht aan regels over hoe het eindverslag van de beoogd curator er uit zou moeten zien.

23. Het gaat mij nu niet om de wankelende positie van deze beoogd curator in het wetsvoorstel. Het gaat mij om de vraag of de rechter, nota bene op verzoek van de wetgever zelf, als pseudowetgever zou moeten optreden. Is het een zwakgebod van de wetgever omdat deze het niet weet? Is deze regelgevingsdelegatie wel te rijmen met de onafhankelijkheid van de rechter? Weerspiegelt rechterlijke regelgeving een voldoende democratisch gelegitimeerd besluitvormingsproces? Deze vragen stellen is haar beantwoorden.

24. Ik ben en blijf voorstander van de instelling van een Insolventieraad, zoals het Voorontwerp uit 2007 deze kende. De Insolventieraad is een

onafhankelijke adviesraad die zorg draagt voor de vormgeving van kwaliteitseisen en kwaliteitsbewaking van de belangrijkste rolspelers in de insolventiepraktijk, in het bijzonder de curator en de beoogd curator. De Insolventieraad zou ook met betrekking tot andere aspecten van de toepassing van Insolventiewetgeving een nuttige rol kunnen vervullen, hetzij in de vorm van al dan niet bindende richtlijnen ten behoeve van de praktijk, hetzij in de vorm van een voordracht aan de Minister van Justitie voor het uitvaardigen van nadere regels betreffende het verloop van de insolventieprocedure. The Engelse Insolvency Service is een mooi voorbeeld van zo'n adviesraad. De rol van een dergelijk raad sluit aan op de blijvende behoefte aan verduidelijking van regels. Een dergelijke Insolventieraad geeft nadere normering van wettelijke regels anders dan langs de traditionele, langdurende procedures van wetgeving of via rechtspraak, welke normering met betrokkenheid van terzake deskundigen en belanghebbenden uit het desbetreffende praktijkgebied tot stand komt. Het ligt voor de hand personen uit de kringen van Insolad, de Raad voor de Rechtsbijstand, Recofa, de Nederlandse Vereniging van Banken, uw beroepsvereniging bewindvoerders WSNP (BBW), de wetenschappelijke wereld en de belastingontvanger naast een of meer onafhankelijke leden in de Insolventieraad zitting te laten nemen.¹⁴

25. Tenslotte: de WCO I introduceert een art. 14a betreffende de aanwijzing als beoogd curator of beoogd rechter-commissaris, en wijzigt art. 215 (betreffende de aanwijzing van een beoogd bewindvoerder en een beoogde r-c voorafgaand aan de voorlopige verlening van de surseance). Zou de regeling van WCO I ook voor natuurlijke personen met een onderneming moeten gelden? Ontwerp-art. 363 lid 4 bepaalt: Een aanwijzing als bedoeld in het eerste lid wordt niet gedaan indien de

¹⁴ Artikel 1.1.7 – Insolventieraad

“1. De Insolventieraad bestaat uit een voorzitter en ten hoogste acht leden, die worden benoemd door Onze Minister van Justitie. Bij algemene maatregel van bestuur worden nadere regels gesteld voor de werkwijze en bekostiging van de Insolventieraad.

2. De Insolventieraad stelt, op verzoek van Onze Minister van Justitie of ambtshalve, richtlijnen vast over de toepassing van deze wet en doet deze publiceren in de Staatscourant.

3. Op voordracht van de Insolventieraad kan Onze Minister van Justitie 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, 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. Onze Minister van Justitie kan een regeling als bedoeld in de eerste zin slechts intrekken na raadpleging van de Insolventieraad.

4. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen ook andere taken aan de Insolventieraad worden opgedragen.”

verzoeker een natuurlijke persoon is die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent.’ Kennelijk is – a contrario – de regeling ook bedoeld voor natuurlijke personen met een onderneming, maar art. 287 (lid 3) inzake de benoeming binnen de WSNP van een r-c en een bewindvoerder wordt in het voorstel niet aangepast aan een beoogde bewindvoerder voor een ondernemer/eenmanszaak in de schuldsaneringsregeling. Nu de beoogd curator wordt geacht te werken in het belang van de schuldeisers zou, indien de regeling ook in het voorportaal van de WSNP zou gelden, art. 316 (dat de taak van de WSNP bewindvoerder aangeeft) tot aanpassing van de WCO I moeten leiden.

4. Modernisering van de faillissementsprocedure

26. De derde en laatste pijler betreft de modernisering van de faillissementsprocedure, gepresenteerd als het sluitstuk van het wetgevingsprogramma. Inzet bij de modernisering is de afwikkeling van faillissementen te faciliteren door:

- a) het instrumentarium van de curator beter af te stemmen op de eisen van de moderne digitale tijd;
- b) de rechter meer maatwerkmogelijkheden te geven bij de afwikkeling van een faillissement;
- c) de faillissementsprocedure meer in lijn te brengen met de technische ontwikkelingen en mogelijkheden, en
- d) een betere kennisopbouw bij de rechterlijke macht te bewerkstelligen.

27. Maatregelen waaraan onder meer gedacht wordt zijn een betere benutting in de faillissementsprocedure van het elektronisch berichtenverkeer en de mogelijkheden van het internet, de afschaffing van de verplichting tot het houden van een fysieke verificatievergadering, het verschaffen van meer flexibiliteit bij de samenstelling van de schuldeisercommissie en, zeer opvallend, de instelling van een gespecialiseerde insolventierechter.

Data voor bekendmaking of consultatie van wetsvoorstellen worden in de brief van 15 november j.l. niet genoemd. Medio november van dit jaar is wel het Voorstel tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht gepubliceerd. Bepalingen die de Faillissementswet gaan wijzigen bevat dit voorstel echter niet.

Tot zover het huidige wetgevingsprogramma op het terrein van het insolventierecht voor 2014.

5. WSNP

28. Uit de eerder genoemde brief van de staatsecretaris van 22 oktober j.l. blijkt dat binnen de WSNP het aantal actieve bewindvoerders sinds 2005 blijft dalen. Ten opzichte van 2011 is het aantal licht gedaald naar 653 bewindvoerders. Gemiddeld behandelt een bewindvoerder circa 60 zaken. Waar de Raad voor Rechtsbijstand een maximaal aantal van 250 zaken per bewindvoerder hanteert, vindt de Staatsecretaris dat met een landelijk gemiddelde van 60 zaken per actieve bewindvoerder voldoende capaciteit beschikbaar is.

29. De regeldichtheid van het veld waarin u opereert is opvallend. Zij is dit jaar ook weer toegenomen. Met ingang van 1 januari 2012 is het Reglement register bewindvoerder Wsnp aangescherpt.¹⁵ Wsnp-bewindvoerders (niet zijnde advocaat) dienen per jaar tien benoemingen te ontvangen om hun inschrijving te kunnen continueren. De rechtbanken benoemen in beginsel alleen bewindvoerders uit dit register. Met deze maatregel wordt – zo wordt in de brief gesteld – recht gedaan aan het feit dat ervaring met Wsnp-procedures onontbeerlijk is voor het in stand houden van kennis en vaardigheden die nodig zijn om de benodigde kwaliteit te kunnen borgen.

30. De Raad voor Rechtsbijstand heeft in het kader van het kwaliteitsbeleid voor de bewindvoering in 2012 een gedragscode en een klachtenregeling voor de bewindvoering ontwikkeld die beide op 4 maart van dit jaar in werking zijn getreden.¹⁶ Deze ontwikkelingen dragen bij aan een verdere verbetering van de professionele standaard van de beroepsgroep, zo stelt de staatsecretaris, die overigens niet meldt de een vergelijkbare gedragscode en klachtenregeling ten aanzien van faillissementscuratoren niet bestaat. Uw regeling zou voor die beroepsgroep een nastrevenswaardig voorbeeld kunnen zijn.

31. Met ingang van 1 oktober 2013 is ook een nieuwe vergoedingssystematiek in werking getreden.¹⁷ In beginsel wordt hiermee de vergoeding voor de werkzaamheden van de bewindvoerder uit de boedel voldaan. Pas indien het aanwezige actief deze vergoeding vanuit de boedel niet toelaat, betaalt de Raad voor Rechtsbijstand het

¹⁵ Stcrt. 2011, 20381.

¹⁶ Stcrt. 2013, 6754 en 6761. Voor de werkwijze van de Klachtenadviescommissie WSNP, zie Stcrt. 2013, 6764.

¹⁷ Stb. 2013, 308. Zie G.H. Lankhorst, Herijking vergoedingssystematiek bewindvoerders schuldsanering, TvI 2013/16.

restant of het geheel. Betaling door de boedel dus, lees: door de schuldeisers. Of deze wetenschap schuldeisers ertoe brengt dan maar eerder met een minnelijke regeling in te stemmen is lastig te voorspellen.

32. Behalve nieuwe regels zijn er ook oude problemen. Toen ik experts Lankhorst en Noordam daarom vroeg gaven zij mij hun top drie van huidige knelpunten die spoedig moeten worden opgelost:

(i) de problematiek rond de ontbrekende of incomplete 285-Fw-verklaring. Deze verdient urgente oplossing, omdat het momenteel een kostbaar heen-en-weer-verwijs pingpong spel is (tussen gemeente en rechtbank). Lankhorst ziet de oplossing in een 285-Fw-verklaring die ook door de verzoeker zelf on line is in te vullen, maar die daarna nog wel een autorisatie behoeft om te dienen als een “betrouwbaar kompas” (in de woorden van de Hoge Raad bij arrest uit november 2010)¹⁸ voor de rechter bij de beoordeling of in voldoende mate een minnelijke regeling is beproefd. Wie dat kompas moet zijn? Het kunnen er vele zijn, volgens Lankhorst: of dat nu een gemeentelijke instantie is of een advocaat of een gerechtsdeurwaarder of een bewindvoerder of een andere “WCK-beroepsbeoefenaar”;

(ii) er zou een wettelijke regeling voor de restschulden van de hypotheek op de eigen woning van de saniet moeten komen. Noordam stelt voor: indien geen verkoop (saniet betaalt dan uiteraard wel alle woninglasten): dan taxeren. De onderwaarde vormt dan de restschuld die onder schone lei valt. Maar wat als de hypotheek ook diende voor de financiering van wat anders dan de eigen woning? En wat gebeurt als de saniet in de woning blijft wonen en deze weer meer waard wordt? Herleeft dan die restschuld; en herleeft zij ook als inmiddels de schone lei is verkregen?

(iii) Noordam bepleit ook soepelere toelatingscriteria voor (ex-)ondernemers (en de aanpassing Bijlage IV Procesreglement).¹⁹

¹⁸ HR 5 november 2010, LJN BN8056; NJ 2011/32, waarover Wessels Insolventierecht IX, 3^e druk, 2012, par. 9039b.

¹⁹ 5.4.4 Afwijzing verzoek: schulden niet te goeder trouw (artikel 288, eerste lid, aanhef en onder b Fw) Van een situatie als bedoeld in artikel 288, eerste lid, aanhef en onder b Fw is in beginsel geen sprake, indien in de in dit artikel genoemde periode van vijf jaar:

- schulden zijn aangegaan terwijl, gelet op het inkomen en/of vermogen van de verzoeker, redelijkerwijs geen uitzicht bestond op aflossing daarvan;
- recent nieuwe schulden van substantiële omvang of substantiële aard zijn aangegaan;
- schulden zijn aangegaan die voortvloeien uit een verslaving aan bijvoorbeeld gokken, alcohol en/of drugs;
- de verzoeker een eigen onderneming (eenmanszaak) heeft gevoerd en (nagenoeg) geen boekhouding heeft bijgehouden en beschikbaar is;
- de verzoeker schulden heeft aan het UWV of de Belastingdienst die betrekking hebben op een opgelegde boete, het niet nakomen van aangifteverplichtingen of het niet nakomen van verplichtingen tot afdracht van (omzet)belasting;

Jurisprudentie getuigt (in bepaalde gevallen...) niet van realiteitszin. Vrijwel alle ondernemingen hebben een financieringsbehoefte die met vreemd vermogen wordt ingevuld en vrijwel iedere insolvente (ex-)ondernemer heeft bijvoorbeeld BTW-schulden en administratieproblemen.

Dit laatste punt brengt me, tenslotte, naar Europa.

6. Europa

33. In de brief van 15 november j.l. maakt de minister ook nog een opmerking over de onderhandelingen over de herziening van de EU-Insolventieverordening die sinds begin 2013, na publicatie van de voorstellen in december vorig jaar, plaatsvinden.

Inmiddels is van de staf van de Europese Commissie in Brussel bekend dat eerst eind 2014 de Council en het nieuw samengestelde Europees Parlement zich over de definitieve tekst zullen gaan buigen.

34. Ook van belang is volgens de minister de versterking van doorstart- en tweede-kans-mogelijkheden voor bedrijven, ‘... die een hoeksteen van ons wetgevingsprogramma vormt’, aldus de minister.

Hier kan ik verklappen dat eind januari / begin februari volgend jaar een ontwerp voor (naar alle waarschijnlijkheid) een Richtlijn het licht zal zien die betrekking heeft op een ‘New Approach to Business failure and insolvency’. De Richtlijn heeft tot onderwerp ‘... minimum standards for a preventive, pre-insolvency procedure aiming at helping businesses to address their financial difficulties with their creditors at an early stage in order to avoid liquidation and in a cost-effective and speedy manner’, zo staat in het niet-gepubliceerde werkplan.

Terug naar de vraag van uw bestuur? Hoe ziet uw horizon eruit?

Ik concludeer het navolgende:

1. Art. 106a lid 6 in het voorstel bestuursverbod bepaalt dat de regeling van overeenkomstige toepassing is op de natuurlijke persoon die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Ook de bewindvoerder WSNP kan dat verbod kan vragen. Momenteel is de voorgestelde regeling op dit punt onvoldoende duidelijk;

2. Ik heb geconcludeerd dat een consequente wetgever een fraudemeldingsplicht niet alleen op de curator legt, maar ook op de wsnp-

- door de verzoeker genoten uitkeringen wegens fraude zijn teruggevorderd;

- schulden zijn ontstaan uit misdrijf of overtreding;

- (substantiële) geldboetes zijn opgelegd ter zake van verkeersovertredingen (Wet Mulder-feiten).

bewindvoerder. Momenteel is de voorgestelde regeling op dit punt onvoldoende duidelijk;

3. Ik bepleit nog steeds de instelling van een Insolventieraad om in breder verband, met betrokkenheid van alle rolspelers, inclusief uw beroepsvereniging de kwaliteit en effectiviteit van regelgeving te waarborgen;

4. Ik meen dat de regeling van de aanwijzing van een beoogd bewindvoerder ook in WSNP-zaken ten aanzien van ondernemers zou moeten gelden. Momenteel is de voorgestelde regeling op dit punt onvoldoende duidelijk, en

5. Ook vanuit Europa is een ontwikkeling te verwachten die van belang is voor uw beroepsgroep!

Ik dank u voor uw aandacht.