
Consultatie wijziging WSNP

Artikel I

Er wordt per onderdeel van artikel I ingegaan op het wetsvoorstel. De artikelen II en III zijn van technische aard en laat ik onbesproken.

Onderdeel A

Geen schorsende werking beroep tegen toelating WSNP

Toelating tot de WSNP heeft een algemeen verbindende werking en beschermt (het vermogen van) de schuldenaar tegen verhaalsacties door schuldeisers. Het is logisch dat tegelijkertijd met het openstellen van beroep tegen de toelating, er geen schorsende werking van dat beroep uitgaat.

In theorie zou een kwaadwillende schuldeiser door beroep aan te tekenen tegen de toelating, tijd kunnen winnen om alsnog verhaalsacties te ondernemen op de schuldenaar. Het beroep zou, in een extreem, maar zeker niet ondenkbaar scenario, zelfs misbruikt kunnen worden hiervoor. De directe werking maakt zulk misbruik van het beroep onmogelijk.

Onderdeel B

1. Verkorting vijfjaarstermijn naar twee jaar.

Verkorting van de vijfjaarstermijn maakt het aantrekkelijker voor schuldenaren om zich voorafgaand aan een sanering 'te verschuilen in de bijstand'. De schuldenaar met een (forse) verwijtbare vordering ontloopt dan een betalingsverplichting en verhaal door zijn schuldeisers, als hij er voor zorgt dat zijn inkomen onder de beslagvrije voet blijft.

Een termijn van vijf jaar maakt deze constructie niet aantrekkelijk, omdat in die periode het voordeel uit de verwijtbare vordering niet langer opweegt tegen het nadeel van een (op papier) laag inkomen. Een termijn van twee jaar zou dat anders kunnen maken. De voordelen uit de verwijtbare (terug)vordering zijn dan groter dan de nadelen uit een laag inkomen gedurende een kortere termijn.

Deze wijziging lost geen knelpunt op, en levert daarmee geen bijdrage aan het doel van het wetsvoorstel. Het zet de deur voor misbruik van de regeling echter op een (grotere) kier.

Het knelpunt dat het wetsvoorstel wenst op te lossen, zit hem vooral in het weinige gebruik van de hardheidsclausule uit het derde lid van artikel 288 Fw. De toepassing van de hardheidsclausule vormt in de praktijk nu al de oplossing voor de in onderdeel 3.2 van de MvT geschetste problematiek. Daarmee vervalt de reden voor het wijzigen van de vijfjaarstermijn.

Rechters weten erg goed om te gaan met de hardheidsclausule, als de schuldenaar daad een beroep op doet. In de praktijk weten zij een goed onderscheid te maken tussen de 'niet-willers' en de 'niet-kunners' en weten zo misbruik van de hardheidsclausule tegen te gaan. Er is uit de gepubliceerde uitspraken en de praktijk geen reden om aan te nemen dat hier erg verschillend mee wordt omgesprongen door rechters.

Dat schuldhulpverleners en schuldenaren weinig of niet bekend zijn met de hardheidsclausule en zich daar terughoudend op beroepen, is een ander probleem. Bijkomend probleem is dat de rechter, indien er geen beroep op de hardheidsclausule wordt gedaan, deze ook niet ambtshalve hoeft te beoordelen¹. Doordat schuldhulpverleners de clausule niet goed kennen en rechters deze niet standaard toepassen, wordt er daarom te weinig beroep gedaan op de clausule.

¹ HR, 30 oktober 2015 - ECLI:NL:HR:2015:3198. Cassatiemiddel was dat de rechter niet ambtshalve de hardheidsclausule had toegepast. Het antwoord van de HR was dat een rechter daar niet toe gehouden is.

Een betere insteek zou daarom zijn dat de rechter meer mogelijkheden krijgt om na te gaan of de hardheidsclausule toegepast kan worden. Dit voorkomt het beschreven nadeel van de verkorting van de termijn en zorgt er voor dat rechters (en schuldhulpverleners) meer gebruik gaan maken van het reeds bestaande instrument. De beschreven problematiek wordt daarmee ook opgelost, zonder dat misbruik van de regeling (meer) mogelijk wordt gemaakt.

Mijn suggestie is om de rechter te verplichten om te beoordelen of toepassing van de hardheidsclausule mogelijk is, als hij tot de constatering komt dat er een belemmering is voor toelating tot de WSNP.

N.B.

Opvallend is dat onderdeel c van het tweede lid van artikel 288 Fw niet door het wetsvoorstel gewijzigd wordt. Als de problematiek zou gelden voor schulden in het algemeen, waarom zou dezelfde problematiek dan niet gelden voor schulden die voortvloeien uit strafrechtelijke veroordelingen. De keuze voor dit onderscheid valt niet te volgen.

2. Introductie hardheidsclausule op de tienjaarstermijn.

De voorgestelde hardheidsclausule heeft meerdere effecten.

Effect op minnelijke regelingen

Uit de Timmerman-criteria² volgt dat een minnelijk traject moet worden beoordeeld op de vraag of de minnelijke regeling tot een gunstigere situatie voor schuldenaar en schuldeisers leidt, dan wanneer er geen regeling tot stand zou komen. Daarbij wordt in de praktijk de voorgestelde regeling afgezet tegen de situatie dat de schuldenaar wordt toegelaten tot de WSNP.

Dit vergelijk is onrealistisch als, op grond van artikel 288 Fw, de toelating tot de WSNP niet mogelijk is, omdat de schuldenaar in de afgelopen tien jaar al in de WSNP heeft gezeten. De regeling moet dan vergeleken worden met een faillissement, of de situatie dat de schuldeisers zich gedurende langere tijd (op basis van het verhaalsrecht) kunnen verhalen op het vermogen van de schuldenaar.

Een faillissement wordt zelden als alternatief beschouwd, omdat dit voor de meeste schuldeisers slechter uitpakt dan een regeling. Een van de grote voordelen van een sanering is immers dat de concurrente schuldeisers in een sanering ook altijd een uitdeling ontvangen. De situatie dat schuldeisers zich gedurende langere tijd kunnen verhalen op hun schuldenaar pakt doorgaans gunstiger uit, maar strandt in de belangenafweging op de evidente belangen van een schuldenaar bij een oplossing van zijn schuldenproblematiek.

De voorgestelde hardheidsclausule betekent (samen met de hardheidsclausule uit het derde lid) dat in vrijwel alle situaties de minnelijke regeling moet worden afgezet tegen de situatie dat de schuldenaar wordt toegelaten tot de WSNP. Dit vergelijk valt, zo leert de praktijk, meestal in het voordeel van de minnelijke regeling uit. Dit leidt tot een versterking van de minnelijke regelingen. Dat was ook precies het doel dat de wetgever met de wijziging van de Faillissementswet in 2008 voor ogen had.

Effect op de schuldenaar

De hardheidsclausule beperkt zich niet tot gevallen waarin de schuldenaar eerder een schone lei is verstrekt en laat ook de mogelijkheid open dat schuldenaren bij wie de regeling tussentijds is beëindigd, opnieuw in aanmerking komen voor toelating. De MvT schetst een problematiek van schuldenaren die een schone lei hebben gekregen, maar buiten hun schuld om binnen tien jaar weer in de problemen komen. De formulering van het artikel verwijst echter niet naar de positieve beëindigingen, maar naar alle beëindigingen, dus ook de tussentijdse beëindigingen.

² A-G Timmerman heeft in zijn conclusie voor HR, 14 december 2012 - ECLI:NL:HR:2012:BY0969 elf vragen verwoord, die een rechter zal moeten beantwoorden in het kader van een dwangakkoord. Zij vormen een uitwerking van de belangenafweging uit 3:13 BW en zijn een standaard geworden om te beoordelen of een schuldeiser in redelijk zijn medewerking kan weigeren.

Dat betekent dat ook schuldenaren, die ernstig tekort zijn geschoten in de nakoming van bijvoorbeeld de informatieverplichting of de inspanningsverplichting, in aanmerking komen voor toelating tot de WSNP binnen tien jaar. Dat zou er toe kunnen leiden dat de prikkel afneemt voor schuldenaren om deze verplichtingen strikt na te komen.

Daarmee zal het aantal mislukte saneringsregelingen naar verwachting toenemen. Dit zal bijdragen aan het toenemen van de kosten die de WSNP met zich meebrengt, maar niet leiden tot meer effect van de regeling (het afgeven van een schone lei). Dit maakt dat zonder deze beperking het voorstel een negatieve impact heeft op de effectiviteit van de regeling.

Effect op onderdeel c van het eerste lid

De MvT bepleit dat onderdeel c van het eerste lid onverkort van kracht blijft, maar miskent de redenering die rechters over het algemeen gebruiken om verzoeken tot toelating op dit punt af te wijzen.

De rechter legt onderdeel c van het eerste lid uit als een toets van de mate waarin de schuldenaar 'saneringsrijp' is. De schuldenaar is saneringsrijp, als hij zijn mentale en financiële situatie dusdanig onder controle heeft, dat hij de verplichtingen uit de regeling zal kunnen nakomen. Dit weegt de rechter af in het belang van de schuldenaar.

Het belang van de schuldenaar zit hem er in dat hij bij het mislukken van de regeling gedurende tien jaar geen kans meer maakt op toelating tot de WSNP en dus een oplossing voor zijn schuldenproblematiek. De rechter probeert hiermee toelating van de schuldenaar uit te stellen, tot de schuldenaar de regeling naar verwachting wel succesvol kan doorlopen.

Met het afzwakken van de sanctie op het mislukken van de regeling, wordt het voor de schuldenaar minder belangrijk of de regeling kansrijk is. De rechter zal dan ook minder belang hechten aan de saneringsrijpheid van de schuldenaar, nu deze na het mislukken van een regeling direct weer een nieuw (kansrijk) verzoek kan indienen. Er is dan ook weinig belemmering meer voor de rechter om een niet-saneringsrijpe schuldenaar toe te laten tot de WSNP.

Het enkel beoordelen of een schuldenaar aan de verplichtingen zal kunnen voldoen, zonder dat daarbij een tegenbelang speelt (de sanctie), maakt dat de rechter vooral zal uitgaan van het belang dat de schuldenaar heeft bij toelating. Er is immers geen belang meer bij het niet toelaten van de schuldenaar, omdat aan de toelating tot een kansloze regeling geen bezwaren meer kleven.

De rechter zal het belang van de schuldenaar laten prevaleren boven de niet objectief vast te stellen vrees dat hij de verplichtingen niet zal na kunnen komen. Het gevolg zal een toename van tussentijdse beëindigingen zijn. Dat betekent een toename van middelen en energie die in de WSNP gestoken worden, zonder dat daar een positief effect (schone lei) tegenover staat.

Conclusie op dit onderdeel

De invoering van een hardheidsclausule op de tienjaarstermijn biedt een positief effect op de minnelijke regelingen en versterkt daarmee de minnelijke regelingen. Invoering van een hardheidsclausule op dit punt wordt dan ook toegejuicht.

De huidige voorgestelde formulering leidt er toe dat ook schuldenaren, waarvan de WSNP tussentijds is beëindigd, een beroep kunnen doen op deze hardheidsclausule. De formulering en ook de toelichting sluiten dit namelijk niet uit, waardoor de rechter de bepaling kan lezen als dat zij ruimhartig moet worden toegepast.

Het zou beter zijn om de hardheidsclausule te beperken tot de schuldenaren die de afgelopen tien jaar een schone lei hebben verkregen, en buiten hun schuld om opnieuw in een problematische schuldsituatie terecht zijn gekomen. Dit is ook wat (aldus de MvT) beoogd wordt met de bepaling. De schuldenaren wier regeling tussentijds beëindigd is, hebben in beginsel gedurende tien jaar niets meer te zoeken in de WSNP.

Onderdeel C

Het mogelijk maken dat schuldeisers binnen acht dagen hoger beroep kunnen aantekenen tegen de toelating tot de WSNP.

Mijn commentaar op dit onderdeel valt op te splitsen in drie punten:

1. de vernietigende werking van het beroep
2. het openstellen van het beroep voor schuldeisers
3. de beroepstermijn

De vernietigende werking van het beroep

De MvT noemt als voordeel aan het beroep dat het eerdere vonnis van de toelating vernietigd wordt (als het beroep wordt toegewezen) en dat de schuldenaar daardoor (juridisch) nooit in de WSNP heeft gezeten. Hij kan daardoor binnen de tien jaar weer een verzoek indienen.

Het achterliggende probleem is dat een schuldenaar dan buiten zijn schuld om 'uit de WSNP is gezet' en daarmee zijn kans op een nieuw traject heeft verspeeld. Dit probleem speelt ook in andere gevallen, waarin langs dezelfde gedachte ook een oplossing gevonden kan worden voor een probleem.

Het gaat dan om de gevallen waarin een WSNP tussentijds wordt beëindigd omdat uit het indienen van vorderingen door schuldeisers (ter verificatie) blijkt dat de schuldenlast sterk afwijkt van de situatie die bij de toelating aan de rechter is voorgelegd bij het verzoekschrift. De rechter beëindigt dan de WSNP op grond van artikel 350, derde lid onder letter f Fw. Er zijn dan feiten en omstandigheden bekend geworden, die (als deze ten tijde van de toelating bekend zouden zijn geweest) tot een ander oordeel hadden geleid.

Deze tussentijdse beëindiging leidt er ook toe dat de schuldenaar in de WSNP heeft gezeten en dus gedurende tien jaar (afgezien van de voorgestelde hardheidsclausule) geen nieuw verzoek kan indienen. In veel gevallen blijkt echter dat de schuldenaar dan niet (bewust) tekort is geschoten en dus buiten zijn schuld om een sanctie oploopt.

Het gebrek in de volledigheid van het verzoekschrift is inherent aan de wijze waarop deze tot stand komt. De schuldhulpverlener moet als eerste afgaan op de informatie van de schuldenaar zelf. Deze wordt aangevuld met de informatie die de door hem genoemde schuldeisers vervolgens verstrekken. Daarbij kan het zijn dat er schuldeisers ontbreken, of dat de informatie achterhaald is ten tijde van het verzoekschrift.

Van de schuldenaar wordt vervolgens verwacht dat hij het verzoekschrift controleert op volledigheid en juistheid. Het is dezelfde schuldenaar, die geen overzicht in zijn financiën heeft en juist daarvoor de hulp van de schuldhulpverlener heeft ingeroepen. Van de schuldenaar kan dus niet redelijkerwijs verwacht worden dat hij feitelijk in staat is om het verzoekschrift op juistheid en volledigheid te controleren.

Als dan later blijkt dat de gegevens in het verzoekschrift een verkeerd beeld schetsen, dan valt dat de schuldenaar niet (geheel) aan te rekenen. Het is dan onrechtvaardig dat hij de sanctie van de tienjaarstermijn oploopt. Hij moet kunnen vertrouwen op zijn schuldhulpverlener, die weer moet vertrouwen op zijn informatie en overzicht.

Het zou in dat licht van toegevoegde waarde zijn voor de schuldenaar, als de rechter in het derde lid, sub f van artikel 350 Fw een mogelijkheid krijgt om het eerdere vonnis van toelating te vernietigen. Deze mogelijkheid zou dan moeten bestaan naast de mogelijkheid van tussentijdse beëindiging.

De rechter moet over beide mogelijkheden beschikken, om de goedwillende schuldenaar (die onbewust verkeerde informatie heeft voorgelegd) anders te behandelen dan de kwaadwillende schuldenaar die de rechter bewust voorliegt). De eerste verdient een mogelijkheid op korte termijn om weer toegelaten te worden, waar in het tweede geval daarvan geen sprake kan zijn.

Ten aanzien van het voorgestelde artikel

In het openstellen van een beroepsmogelijkheid is het vanzelfsprekend dat de schuldenaar geen gevolgen ondervindt (afgezien van het niet toegelaten zijn) van een succesvol ingesteld beroep door zijn schuldeisers.

Zoals onder het eerste onderdeel van het voorstel toegelicht, zou dit wel moeten inhouden dat de bewindvoerder gedurende de beroepstermijn geen onomkeerbare handelingen ten aanzien van het vermogen van de schuldenaar kan verrichten.

Het openstellen van beroep voor schuldeisers

Bij de toelating tot de WSNP spelen de schuldeisers geen rol en hebben ook geen mogelijkheid om voor hun belangen op te komen. Dit staat in schril contrast tot het dwangakkoord.

Zij kunnen hun belangen alleen in het minnelijke traject naar voren brengen, als a) hun daartoe de gelegenheid wordt geboden en b) deze informatie ook integraal wordt opgenomen in het verzoekschrift en dus aan de rechter wordt voorgelegd bij de toelating. De boodschap van de schuldeisers in het minnelijke traject bereikt (buiten dwangakkoord) niet altijd ook de rechter.

Het openstellen van het beroep voor schuldeisers maakt het voor schuldeisers mogelijk om hun belangen direct aan de rechter voor te leggen. Dit leidt er toe dat de rechter kan kennisnemen van alle betrokken belangen bij de WSNP, wat tot een beter afgewogen oordeel zal leiden.

In het huidige systeem zijn zij te veel afhankelijk van de bewindvoerder of de rechter-commissaris, bij wie zij hun beklag kunnen doen. Zij zijn dan afhankelijk van de houding van een van deze twee. Als deze twee niet acteren, dan staat de schuldeiser met lege handen. Hij kan dan verder weinig doen tegen de toepassing op zijn debiteur van de WSNP.

Het openen van een beroepsmogelijkheid maakt het voor schuldeisers mogelijk om hun zaak direct te bepleiten voor de rechter en zo hun belangen duidelijk naar voren te brengen. Zo kunnen de belangen van de schuldeisers, die inherent onder de uitspraak te leiden hebben, beter betrokken worden in het oordeel van de rechter.

Nadeel aan de formulering is dat het ook schuldeisers de mogelijkheid biedt om slechts beroep aan te tekenen omdat zij het vooruitzicht hebben dat hun vorderingen niet (geheel) worden voldaan. Een verwijzing naar het (huidige) vierde lid van artikel 288 Fw ontbreekt. Een dergelijke verwijzing zou een drempel opwerpen voor schuldeisers de enkel beroep aantekenen omdat zij worden getroffen in hun portemonnee.

De schuldeiser die in beroep wenst te gaan, zal duidelijk moeten aantonen dat zijn belangen onevenredig worden geschaad door de toepassing van de WSNP op de schuldenaar. Daarbij moet een afweging gemaakt worden tussen de belangen van de appellant, de overige schuldeisers en uiteraard de schuldenaar (vergelijkbaar met de belangenafweging uit 3:13 BW).

Ook biedt het openstellen van beroep de mogelijkheid om de beslissing van de rechter te toetsen. Hoewel in de praktijk vaak goed afgewogen beslissingen worden gemaakt, zijn ook de rechters niet onfeilbaar. Dit blijkt uit de vele gevallen waarin er succesvol hoger beroep wordt ingesteld tegen een afwijzing van toelating tot de WSNP. Het is dan aannemelijk dat er ook fouten worden gemaakt bij toewijzingen.

Het kan zijn dat rechters bij de toepassing van de toelatingscriteria uit artikel 288 Fw een fout hebben gemaakt, of een oordeel hebben gevormd op basis van onjuiste gegevens. De schuldeiser heeft immers een beter inzicht in zijn dossier, dan de rechter heeft. De schuldeiser die meent onevenredig in zijn belangen te zijn getroffen, of die meent dat de rechtbank de toets uit 288 Fw niet juist heeft gedaan, heeft met het openstellen van beroep nu een mogelijkheid om dit te laten toetsen door een (hogere) rechter.

Zelfs als de schuldeiser wel gehoor krijgt bij de bewindvoerder of rechter-commissaris, dan kan dit alleen tot een tussentijdse beëindiging leiden op grond van lid 3, sub f van artikel 350 Fw (zie ook

hiervoor). Dit leidt er toe dat de schuldenaar ook in dit geval tegen de tienjaarstermijn oploopt. De onrechtvaardigheid daarvan is gelijk als eerder genoemd, nu de schuldenaar geen invloed heeft op het beroep.

De beroepstermijn

De korte beroepstermijn is vooral nadelig voor de kleine schuldeisers, waardoor alleen de grotere (institutionele) schuldeisers baat hebben bij het openstellen van het beroep. Dat deze korte beroepstermijn ook bij bijvoorbeeld het dwangakkoord geldt, is daar minder een probleem omdat de uitspraak door de rechtbank dan gericht naar de betrokken partijen wordt verzonden.

De snelste manier om achter toepassing van de WSNP op een schuldenaar te komen, is het abonneren op de xml-berichten die dagelijks worden verspreid vanuit het centraal insolventieregister. Het gaat om enkele honderden berichten per dag vanuit het hele land van de uitspraken die de afgelopen dagen zijn gedaan. De berichten die worden verspreid zijn vaak een paar dagen oud en dus is al een deel van de beroepstermijn verstreken.

De schuldeiser moet deze berichten dan nog langs zijn eigen klantenbestand leggen om er achter te komen of zijn debiteuren toegelaten zijn tot de WSNP. Dit kan handmatig, maar ook geautomatiseerd. In beide gevallen betreft het een investering die de schuldeiser moet kunnen opbrengen.

Voor kleinere schuldeisers geldt dat zij een relatief klein klantenbestand zullen hebben en dus weinig treffers zullen halen uit het vergelijk van de berichten met hun debiteuren. Voor hen loont het dus niet om deze investering te doen. Voor grotere schuldeisers met meer klanten is de kans op treffers groter en zij zullen ook eerder profijt hebben van de investering.

Het resultaat is dus dat de kleinere schuldeisers pas op de hoogte van de uitspraak komen als zij door de bewindvoerder worden benaderd. Dat is meestal te laat om nog in beroep te komen tegen de uitspraak, ook omdat eerst nog een advocaat benaderd moet worden. Ook zijn er schuldeisers die pas maanden later bij de bewindvoerder bekend worden (door de postblokkade) en dus sowieso geen schijn van kans maken om nog gebruik te maken van de beroepsmogelijkheid. Zij worden ver na het sluiten van de beroepstermijn op de hoogte gesteld van de toepassing van de WSNP.

De grotere schuldeisers kunnen wel lonend investeren en zo snel op de hoogte raken van de uitspraak. Zij zullen binnen een paar dagen weten dat hun debiteur toegelaten is tot de WSNP, omdat zij het bericht van de bewindvoerder niet hoeven af te wachten. Dat betekent wel gelijk dat het aantal gevallen waarin beroep wordt aangetekend tegen de toelating, sterk beperkt wordt.

De kleine schuldeisers zullen dus effectief geen gebruik kunnen maken van de beroepsmogelijkheid en deze zal dus alleen effectief kunnen worden ingezet door grotere organisaties. Dat schept een ongelijkheid, waar de MvT bij het voorstel niet verder op ingaat.

Een oplossing zou zijn om de beroepstermijn generiek te verlengen naar drie maanden (gelijk aan de voorlopige voorziening uit lid 4 van artikel 287 Fw), of de beroepstermijn in te laten gaan op het moment dat de schuldeiser door de bewindvoerder is benaderd. Dit laatste geeft ook schuldeisers die later bekend worden de gelegenheid om op te komen tegen de uitspraak.

Verantwoording

De auteur is werkzaam als insolventiespecialist bij de Belastingdienst en treedt beroepsmatig op als (vertegenwoordiger van) de ontvanger in insolventieprocedures. Bovenstaande standpunten zijn op persoonlijke titel geschreven en kan dus op geen enkele wijze als stellingname namens de Belastingdienst of het Ministerie van Financiën worden beschouwd. Zij vertegenwoordigen slechts de standpunten van de auteur.

Amsterdam, 20 januari 2021,
Sam den Hartog-Hoof