

INSOLAD
Secretariaat
Noordzijdseweg 183
3415 RC Polsbroek
secretariaat@insolad.nl

Ministerie van Justitie en Veiligheid
Zijne Excellentie de Minister voor Rechtsbescherming
De weledelgeleerde heer drs. S. Dekker
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Amsterdam, 27 januari 2021

Zijne Excellentie,

Inleiding

De Vereniging Insolventierecht Advocaten (hierna te noemen: INSOLAD) is de landelijke vereniging van advocaten die zich hebben gespecialiseerd in het insolventierecht. Haar leden zijn advocaten die optreden als curator en/of partijen bijstaan die betrokken zijn bij faillissementen, surseances van betaling, schuldsaneringen en buitengerechtelijke reorganisaties. Daarnaast zijn aan INSOLAD fellows verbonden, afkomstig uit de wetenschap, de financiële sector en de rechterlijke macht. Onder meer houdt INSOLAD zich actief bezig met informatie over en de totstandkoming van wet- en regelgeving op dit gebied. INSOLAD heeft kennis genomen van het voorstel tot wijziging van de Faillissementswet ter verbetering van de doorstroom van de gemeentelijke schuldhulpverlening naar de wettelijke schuldsaneringsregeling natuurlijke personen (het "Wetsvoorstel"). Graag wenst INSOLAD van de gelegenheid gebruik te maken om haar reactie te geven op het Wetsvoorstel.

Algemene opmerkingen

1. INSOLAD ondersteunt het doel van het Wetsvoorstel om te zorgen voor een betere aansluiting tussen het gemeentelijk schuldhulpverleningstraject en de wettelijke schuldsanering natuurlijke personen ("Wsnp"). Zoals uit het vervolg van de consultatie-reactie zal blijken vraagt INSOLAD zich echter af of dit Wetsvoorstel nodig is om het gewenste doel te bereiken, of de wetgever in kaart heeft gebracht wat de negatieve effecten van het Wetsvoorstel zijn en of de praktische invulling van het Wetsvoorstel goed zijn doordacht.
2. In de Memorie van Toelichting wordt geconstateerd dat een aantal voorwaarden om van een gemeentelijk schuldhulpverleningstraject te kunnen

doorstromen naar een Wsnp in de praktijk te streng blijkt. Daarom wordt voorgesteld om de volgende aanpassingen in de toelatingseisen door te voeren:

- 1) De termijn van de 'goede trouw-toets' wordt verkort van vijf naar twee jaar.
 - 2) De regel dat een Wsnp-traject binnen tien jaar niet weer kan worden toegepast wordt versoepeld door de rechter de mogelijkheid te geven om een schuldenaar in schrijnende gevallen toch opnieuw tot een Wsnp-traject toe te laten.
 - 3) Voor schuldeisers wordt de mogelijkheid geïntroduceerd om hoger beroep in te stellen tegen de toelatingsbeslissing van de rechter.
3. In haar consultatie-reactie zal INSOLAD in gaan op de wijzigingen genoemd onder 1) en 3). Op de voorgestelde wijziging onder 2) heeft INSOLAD geen opmerkingen.

Termijn van de goede trouw-toets

4. De kern van de geconstateerde problematiek omtrent de goede trouw-toets blijkt uit paragraaf 3.2 van de Memorie van Toelichting: *“Zoals eveneens hiervoor is opgemerkt, kan de rechter een schuldenaar die in de voorgaande vijf jaar niet altijd te goeder trouw is geweest toch toelaten door de hardheidsclausule toe te passen die is opgenomen in artikel 288, derde lid, Fw. Over de manier waarop de rechter de hardheidsclausule dan toepast, bestaat in de praktijk veel onzekerheid. Dit komt grotendeels doordat rechters hierbij over de nodige vrije beslis- en beoordelingsruimte beschikken (discretionaire bevoegdheid). De beslissingen die de rechters nemen zijn naar hun aard erg casuïstisch. In de praktijk leeft de perceptie dat de rechter de goede trouw-toets zeer strikt toepast en nauwelijks gebruik maakt van de hardheidsclausule. Uit onderzoek – in opdracht van de voormalig Staatssecretaris van SZW – blijkt dat bij gemeentelijke schuldhulpverleners het idee leeft dat als sprake is van bepaalde schulden de schuldenaar hoe dan ook niet wordt toegelaten tot een Wsnp-traject. Dit betreft onder meer belasting- en alimentatieschulden en schulden die mede voortkomen uit recente (tot vijf jaar terug) consumptieve uitgaven waarvan een schuldenaar had moeten weten dat hij die niet zou kunnen dragen of samenhangen met een afwezige of incomplete boekhouding bij (kleine) bedrijven. Gevolg is dat schuldenaren die te maken hebben met dit type schulden, blijven hangen in een gemeentelijk schuldhulpverleningstraject ook als een positieve uitkomst van dat traject niet meer verwacht wordt, dan wel uit een dergelijk traject verdwijnen zonder dat de schulden zijn opgelost. Zij stromen niet door naar een Wsnp-traject. Doel van de verlenging van het gemeentelijke schuldhulpverleningstraject is dan alleen om te wachten tot de vijfjaarstermijn die geldt bij de goede trouw-toets, voorbij is. Dit is voor de schuldenaar en de schuldeisers een ongewenste situatie, omdat een oplossing voor de schuldenproblematiek zonder goede grond wordt uitgesteld. Dit uitstel kan er bovendien toe leiden dat schulden alleen nog maar meer oplopen.”*
5. Als deze perceptie van de praktijk juist is, ligt het dan niet voor de hand om aan deze perceptie iets te doen? Op grond van het huidige systeem van de wet

kunnen de personen die de wetgever thans op het oog heeft, worden toegelaten tot de Wsnp. In de praktijk leeft echter kennelijk het idee dat de hardheidsclausule op grond waarvan dat moet gebeuren niet of te strikt door rechters wordt toegepast. INSOLAD vraagt zich af of het dan niet efficiënter is om met de betrokken partijen (in de eerste plaats wetgever, gemeentelijke schuldhulpverleners, rechters en Wsnp-bewindvoerders) in overleg te treden over de invulling en toepassing van de goede trouw-toets en de hardheidsclausule. Op die manier zou voor alle betrokken partijen helderheid kunnen worden gecreëerd over de vraag welke gevallen wel en welke gevallen niet tot de Wsnp worden toegelaten. Dit met inachtneming van het doel om te zorgen voor een betere aansluiting tussen het gemeentelijk schuldhulpverleningstraject en de Wsnp. In dit overleg zou ook (het al dan niet bestaan van een rechtvaardiging voor) het verschil tussen de “zware” goede trouw-toets en de “lichte” ingangstoetsen voor akkoordprocedures zoals opgenomen in Wet homologatie onderhands akkoord en de Herstructureringsrichtlijn¹ aan de orde kunnen komen. Wellicht dat dit overleg zou kunnen leiden tot (indien nodig) een aanpassing van artikel 5.3.4 van Bijlage III *landelijk uniforme beoordelingscriteria toelating schuldsaneringsregeling* bij het Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken.² Het heeft er wat INSOLAD betreft immers alle schijn van dat de strikte toepassing van artikel 288 lid 2 sub b Fw meer het gevolg is van de formulering en interpretatie van het procesreglement dan van het systeem van de Faillissementswet.

6. Bovendien vraagt INSOLAD zich af of het aanpassen van de termijn van de goede trouw-toets van vijf naar twee jaar het gewenste effect heeft. Het aanpassen van de termijn heeft immers niet tot gevolg dat de ongewenste perceptie blijft bestaan dat bijvoorbeeld een persoon met belasting- of alimentatieschulden hoe dan ook niet in aanmerking komt voor een Wsnp omdat hij niet voldoet aan de goede trouw-toets. Het enige effect is dat deze persoon maar twee in plaats van vijf jaar wacht voordat hij/zij een Wsnp-aanvraag doet. Dat is op het eerste oog een grote verbetering maar ook een tweejaarstermijn zal in veel gevallen hetzelfde ongewenste effect hebben en kunnen leiden tot het onnodig oplopen van schulden. Daar komt bij dat de wetgever in paragraaf 4.1 van de Memorie van Toelichting opmerkt dat bij verkorting van de termijn van de goede trouw-toets naar twee jaar het uitgangspunt zal zijn dat de hardheidsclausule in beginsel niet meer zal worden toegepast. Dat maakt het voor deze persoon (in theorie in ieder geval) nog moeilijker om in de eerste twee jaar na het tot stand komen van een dergelijke

¹ Richtlijn 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie), Pb EU 2019, L 172/18.

²<https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Procesreglement-verzoekschriftprocedures-insolventiezaken-rechtbanken-2021.pdf>

schuld toe te treden tot de Wsnp dan dat dat in het huidige systeem het geval is.

7. Tot slot nog een laatste opmerking ten aanzien van de termijn van de goede trouw-toets. Reden voor de invoering van de goede trouw-toets is het voorkomen van misbruik van de Wsnp. In de Memorie van Toelichting mist INSOLAD een grondige analyse van de risico's van misbruik van de Wsnp als gevolg van de verkorting van de termijn van de goede trouw-toets. De vraag is ook of het überhaupt nodig is om het risico op misbruik te vergroten als de oplossing wellicht kan worden gevonden in het overleg zoals omschreven in paragraaf 5 hierboven.

Hoger beroep schuldeisers

8. Het Wetsvoorstel introduceert de mogelijkheid voor schuldeisers om hoger beroep in te stellen tegen de toepassing van de schuldsaneringsregeling. Volgens de Memorie van Toelichting kunnen schuldeisers hoger beroep instellen als zij menen dat:
 - niet is voldaan aan de toelatingscriteria, bedoeld in artikel 288, eerste lid, Fw;
 - sprake is van één of meer van de afwijzingsgronden, bedoeld in artikel 288, tweede lid, Fw;
 - voor zover dit aan de orde is, de rechter de schuldenaar niet had mogen toelaten op basis van de hardheidsclausule, bedoeld in artikel 288, derde lid, Fw, of
 - voor zover dit aan de orde is, de rechter de schuldenaar niet opnieuw had mogen toelaten op basis van artikel 288, vierde lid, (nieuw) Fw.
9. INSOLAD ondersteunt de wens van de wetgever om schuldeisers meer te betrekken bij de toelating van een schuldenaar bij de Wsnp. INSOLAD vraagt zich echter af of het efficiënt is om daar een volledige nieuwe feitelijke instantie voor op te tuigen. Dat levert vertraging op in het Wsnp-traject. Voordat een bewindvoerder echt aan de slag kan moet hij/zij eerst afwachten of de toelating definitief wordt. Daarnaast is het de vraag wat de hogere rechter precies gaat beoordelen. Vaak blijkt uit de uitspraak waarbij een schuldenaar wordt toegelaten immers niet de precieze motivering van de rechter. Het zal veelal gaan om voor de rechter nieuwe informatie (waarvan het zonde is dat die in eerste aanleg niet beschikbaar was; zie paragraaf 10 hieronder). Tot slot vergt een extra feitelijke instantie veel inspanningen van betrokkenen. Rechters moeten wellicht uitgebreider gaan motiveren, er moet tijdig gepubliceerd worden i.v.m. beroepstermijn van 8 dagen, crediteuren moeten in hoger beroep en het hof moet een en ander feitelijk beoordelen en gemotiveerd afdoen.
10. Naar mening van INSOLAD is het echter niet van belang dat het oordeel van de rechter in eerste aanleg wordt getoetst door een hogere instantie. Het is veel meer van belang dat de rechter in eerste aanleg bij de beoordeling van het verzoek tot toelating alle informatie verkrijgt die relevant is. Dat is inclusief informatie van schuldeisers over het al dan niet voldoen door de schuldenaar aan de toewijzingsgronden, de hardheidsclausule en degelijke. Op dit moment

is het voor schuldeisers niet goed mogelijk om de rechtbank hierover te berichten; simpelweg omdat schuldeisers vaak niet op de hoogte zijn van het Wsnp-verzoek. Wat INSOLAD betreft zou dit kunnen worden ondervangen door schuldeisers op te roepen voor de zitting in eerste aanleg waar het verzoek tot toelating wordt behandeld. Een parallel zou getrokken kunnen worden met een “gewone” verzoekschriftprocedure waarbij een verzoeker in het verzoekschrift de belanghebbenden moet opgeven zodat die door de rechtbank kunnen worden opgeroepen. Aangezien schuldeisers in de periode voorafgaand aan de behandeling van het Wsnp-verzoek al betrokken zijn geweest in een schuldhulpverleningstraject, is het voor de schuldenaar relatief eenvoudig en niet bezwaarlijk om de schuldeisers op te laten roepen. Hoger beroep is in dat geval volgens INSOLAD niet nodig.

Conclusie

INSOLAD verzoekt hierbij vriendelijk uw aandacht voor bovenstaande punten.

Hoogachtend,
Namens INSOLAD,

Het bestuur