

## Inhoud

- 24**      **Van de redactie**
- 25**      **De kwalificatie van (dezelfde) vorderingen in het faillissement van de vof en de Wsnp van vennoten**  
*Matthieu Verhoeven en Christiane Koppelman*
- 26**      **De allesomvattende insolvente boedel**  
*Helen Schoonbrood*
- 27**      **De nieuwe privacywet in de bewindvoerderspraktijk**  
*Theo Kusters*
- 28**      **De gedwongen schuldregeling: Motiveer het verzoek!**  
*Ron Cats*
- 29**      **Procesrechtelijke appelperikelen bij samenloop Wsnp-verzoek en verzoek dwangakkoord**  
*Arnoud Noordam*
- 30**      **Een conserverende aanslag?**  
*Theo Pouw*
- 31**      **Nieuws in het kort**
- 32**      **Actuele rechtspraak kort**

# onlineveilingmeester.nl

DE VEILINGSITE VAN NEDERLAND

## Veiling organiseren!

Voor bedrijf, ondernemers én particulieren



### Uw voordelen

- Groot bereik in het hele land
- Gerichte marketingcampagnes
- Maximale opbrengst in zeer korte tijd
- Organisatorisch overzichtelijk (zowel financieel als logistiek)

### Contact

Hoofdvestiging:

De Hallen 1 | 9723 TW Groningen

Contact:

050 800 9120

[info@onlineveilingmeester.nl](mailto:info@onlineveilingmeester.nl)

Kijk voor meer informatie op onze site: [www.onlineveilingmeester.nl](http://www.onlineveilingmeester.nl)

### Aanbevolen citeerwijze

Naam auteur, titel tijdschriftartikel, *WP*, jaartal/nr. tijdschrift, paginanummer. Bijvoorbeeld: Margreet van Bommel, 'Verrekeningsrecht uitkeringsinstanties', *WP*, 2010/01, p. 1.

### Abonnementen

Zie de achterzijde van dit tijdschrift.

### Adverteren in *WSNP Periodiek*

In *WSNP Periodiek* kan geadvertiseerd worden. Voor een prijsopgave en nadere informatie over adverteren, kunt U zich wenden tot het redactiesecretariaat.

**ISSN-nummer:** 2210-6650

### Redactiesecretariaat

*WSNP Periodiek*

Postbus 5018, 5800 GA Venray

e-mail: [redactie@wsnp-periodiek.nl](mailto:redactie@wsnp-periodiek.nl), faxnummer: 077 463 38 21

### Uw bijdrage aan *WSNP Periodiek*

U kunt kopij aanleveren overeenkomstig de richtlijnen voor auteurs. Deze richtlijnen kunt U raadplegen via [www.wsnp-periodiek.nl](http://www.wsnp-periodiek.nl). Na toezending van Uw kopij, naar [redactie@wsnp-periodiek.nl](mailto:redactie@wsnp-periodiek.nl), zal één van de redactieleden contact met U opnemen. Artikelen dienen in beginsel maximaal 2500 woorden te omvatten.

## 24 - Van de redactie

Geachte lezer,

Voor u ligt het laatste nummer van Wsnp Periodiek van 2017 en dit nummer is al even omvangrijk als het dubbeldikke zomernummer. Weliswaar zijn er in de afgelopen periode wat minder voor de schuldsaneringspraktijk interessante uitspraken gedaan; zoals u zich zult herinneren was het vorige nummer op dat punt zeer rijk voorzien. Ook de beantwoording van de Lezersvraag is wat korter dan gebruikelijk, omdat de vraag laat bij de redactie binnenkwam en de beantwoording - in afwachting van een reactie van de belastingdienst - nog niet definitief is. Daar staat tegenover dat dit nummer goed gevuld is met een vijftal artikelen over uiteenlopende onderwerpen.

Allereerst bespreken Matthieu Verhoeven en Christiane Koppelman, die - zoals bekend - werkzaam zijn als insolventierechter en juridisch medewerkster in de Rechtbank Overijssel, een belangrijk verschil tussen faillissement en schuldsaneringsregeling. In de schuldsaneringspraktijk komt men met enige regelmaat schuldenaren tegen die vennoot zijn of - vaker nog - zijn geweest van een vennootschap onder firma. Tot voor kort werd er in faillissements- en schuldsaneringsland vanuit gegaan dat een boedel- of een preferente vordering in het faillissement van een vof dezelfde kwalificatie krijgt in de schuldsaneringsregeling van een vennoot. Aan de hand van drie arresten van de Hoge Raad leggen de auteurs uit hoe zij tot andere inzichten zijn gekomen. Zij verwachten niet dat daarmee het laatste woord over deze kwestie is gezegd, maar hun visie gaat zeker een rol spelen in het verdere debat.

Vervolgens gaat Wsnp bewindvoerder Helen Schoonbrood in op de complicaties die

zich direct na toelating van een schuldenaar tot de schuldsaneringsregeling kunnen voordoen met betrekking tot diens banksaldi. Die saldi vallen in beginsel volledig in de boedel, maar als inkomen of periodieke uitkeringen daar deel van uitmaken, moet de schuldenaar daar wel zijn vaste lasten van kunnen betalen. De auteur beschrijft hoe zij hoe zij handelt om het ontstaan van conflicten daarover tussen bewindvoerders en schuldenaren te vermijden. Met haar benadering wordt tevens voorkomen dat er meteen nieuwe schulden ontstaan. De redactie kan zich voorstellen dat er ook andere manieren zijn om dit probleem aan te pakken. Als een lezer zich geroepen voelt daarover een bijdrage te schrijven voor het volgende nummer van Wsnp Periodiek, stelt de redactie dat bijzonder op prijs.

Dan een belangrijke bijdrage van Theo Kusters, gecertificeerd privacyspecialist, oprichter van Privacy Collectief Venlo en als docent privacywetgeving o.a. verbonden aan OSR Juridische Opleidingen te Utrecht, over de nieuwe privacywet en de gevolgen die deze wet gaat hebben voor de bewindvoerderspraktijk. Zonder aan bangmakerij te willen doen, waarschuwt de auteur dat er vanaf eind mei volgend jaar naar verwachting strikt gehandhaafd gaat worden door de Autoriteit Persoonsgegevens, voorheen het College Bescherming Persoonsgegevens, en hij adviseert de lezers tijdig de nodige maatregelen te nemen.

In zijn bijdrage aan dit nummer doet Ron Cats, insolventierechter in de Rechtbank Den Haag, vervolgens een oproep om verzoeken tot het opleggen van een dwangakkoord deugdelijk te motiveren. Zonder motivering worden kansen gemist die er misschien best zijn, maar door de rechter niet gegeven kunnen worden. In het artikel wordt een aantal vingerwijzingen gegeven, waarmee indieners van dit soort

verzoeken hun voordeel kunnen doen en daarmee de kansen van de schuldenaren op succes kunnen vergroten.

Redactielid Arnoud Noordam tenslotte is op zoek naar een oplossing voor de procesrechtelijke appelproblemen bij de samenloop van een Wsnp-verzoek en een verzoek dwangakkoord. Deze problemen hangen samen met de summiere wettelijke regeling van het dwangakkoord en het arrest van de Hoge Raad van 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY0966. Daarin wordt het verzoek dwangakkoord van artikel 287a Fw losgekoppeld van het verzoek tot toelating tot de schuldsaneringsregeling.

Omdat in eerste aanleg lang niet altijd in hetzelfde vonnis op beide verzoeken wordt beslist, ontstaan er in hoger beroep ontvankelijkheidsproblemen. Het artikel beschrijft op heldere en overzichtelijke wijze de daarvoor in de rechtspraak van de hoven gevonden oplossingen met een aantal nuttige suggesties voor de praktijk.

Al met al een oplossingsgericht nummer van Wsnp Periodiek, waarin natuurlijk de vaste rubriek 'Actuele rechtspraak kort' niet ontbreekt.

*De redactie*

---

## 25 - De kwalificatie van (dezelfde) vorderingen in het faillissement van de vof en de Wsnp van vennoten

*Christiane Koppelman\* en Matthieu Verhoeven\*\**

### 1. Inleiding

Tot voor kort werd er in faillissements- en schuldsaneringsland vanuit gegaan dat een boedel- of een preferente vordering in het faillissement van een vof eveneens een boedel- of preferente vordering is in de schuldsaneringsregeling van een vennoot. De volgende arresten hebben twijfel gezaaid of dit uitgangspunt juist is en hebben ons tot andere inzichten gebracht:

- HR 19-04-2013 (ECLI:NL:HR:2013:BY6108 Koot Beheer/Tideman);
- HR 11-04-2014 (ECLI:NL:HR:2014:904 UWV/curatoren Eco Concern N.V.);

- HR 06-02-2015 (ECLI:NL:HR:2015:251 Vof VDV Totaalbouw/Bepro B.V.).

### 2. Arresten

In Koot Beheer/Tideman 'onderwijst' de Hoge Raad nog eens, hoe boedelschulden kunnen ontstaan. Dit zijn schulden die een directe aanspraak op de faillissementsboedel geven,

- A. hetzij omdat zij door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan;
- B. hetzij omdat zij een gevolg zijn van het handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting;
- C. hetzij ingevolge de wet.

Ad A. hierbij moet worden gedacht aan schulden die tijdens het faillissement worden gemaakt ten behoeve van de (afwikkeling van) de boedel, zoals het salaris van de curator, kosten van taxateurs of kosten in verband met

voortzetting onderneming door curator. De curator neemt de schuld op zich bij rechtshandeling, omdat zijn wil daarop gericht is (artikel 3:33 en 3:35 BW)<sup>1</sup>

Ad B. Deze categorie ziet slechts op verplichtingen van de curator zelf, niet die van de failliete boedel. Het gaat dan bijvoorbeeld om een onrechtmatige daad van de curator, een wanprestatie door de curator of een schadevergoeding als de curator een overeenkomst opzegt terwijl dat niet kan.

Artikel 37 Faillissementswet (Fw.): het faillissement brengt geen wijziging in de verbintenissen, die voortvloeien uit wederkerige overeenkomsten, die ten tijde van het uitspreken van het faillissement nog niet of niet geheel zijn nagekomen, waaronder ook duurovereenkomsten. De curator heeft echter op grond van artikel 37 lid 1 Fw de mogelijkheid om de overeenkomst niet gestand te doen en de verbintenissen niet na te komen. Deze door de gefailleerde niet nagekomen verbintenissen, leveren voor de schuldeiser, tenzij er op grond van de wet sprake is van voorrang, een concurrente vordering op.

Boedelschulden ontstaan op grond van A. of B zijn het gevolg van gedragingen van de curator, en worden daarom ook wel aangemerkt als boedelschulden, die zijn ontstaan op grond van het 'toedocriterium'. In het arrest Koot Beheer/Tideman uit 2013 heeft de Hoge Raad het toedocriterium ingeperkt, onder andere omdat er uit de praktijk veel kritiek kwam op het op grond van dit criterium uitdijende aantal boedelschulden, waardoor faillissementsboedels werden uitgehold en gewone schuldeisers (schuldeisers met verifieerbare schulden) veelal met lege handen achterbleven<sup>2</sup>.

Ad C. uitzondering op de hoofdregel onder Ad B. dat het faillissement geen wijziging brengt in de verbintenissen, die voortvloeien uit wederkerige overeenkomsten, die ten tijde van het uitspreken van het faillissement nog niet of niet geheel zijn nagekomen, en die de curator niet gestand hoeft te doen, maar ook geen boedelvordering opleveren, zijn huur-, loon- en premieschulden. Deze schulden zijn op grond van artikel 39 en 40 Fw. boedelschuld vanaf de dag van de faillietverklaring. Indien de curator deze overeenkomsten niet gestand wenst te doen, dient hij om te voorkomen dat de boedelschulden verder oplopen, de overeenkomsten op te zeggen.

In Koot Beheer/Tideman had de curator (Tideman) de huurovereenkomst met Koot Beheer B.V. opgezegd. Bij de oplevering van het pand bleek dat er schade was aan de buitengevel en de deuren van het pand. Koot Beheer stelde zich op het standpunt dat de schade een boedelschuld oplevert voor de curator, omdat de schade is veroorzaakt door toedoen van de curator door het opzeggen van de huurovereenkomst en de verplichting die dan ontstaat het gehuurde in de oorspronkelijke (onbeschadigde) staat op te leveren. De Hoge Raad overwoog dat er door de opzegging van de huurovereenkomst in dit geval geen schadeplichtigheid ontstaat. Er is 'slechts' sprake van een boedelschuld ten aanzien van de huur. Ten aanzien van de verplichting om de opleveringschade te vergoeden, overwoog de Hoge Raad dat deze verplichting voortvloeit uit de huurovereenkomst, waarin dit was vastgelegd, en dat er met betrekking tot deze verplichting moet worden 'teruggeregpen' op de hoofdregel dat indien de curator bevoegd is een voor faillissement gesloten overeenkomst niet gestand te doen, er slechts een concurrente vordering voor de wederpartij resteert.

In het arrest UWV/curatoren Ecoconcern N.V. (Ecoconcern) was het volgende aan de orde. In 2003 had Ecoconcern N.V. op grond van artikel 2:403 lid 1, aanhef en onder f BW een zogenaamde 403-verklaring gedeponeed, inhoudende dat de N.V. zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden van haar dochtermaatschappij Innogrow International B.V. (Innogrow). In 2009 respectievelijk 2010 werden Ecoconcern en Innogrow failliet verklaard. Loonaanspraken van de werknemers van Innogrow zijn overgegaan op het UWV. Het UWV heeft in dat kader een bevoorrechte vordering op grond van artikel 3:288 aanhef en onder e BW. Het UWV heeft de vordering als bevoorrecht ingediend in het faillissement van Ecoconcern. De curatoren van Ecoconcern hebben het voorrecht betwist. De rechtbank heeft in een renvooiprocedure bepaald dat voorrechten op grond van artikel 3:278 BW slechts ontstaan uit de wet. Artikel 3:288 aanhef en onder e BW geeft slechts een voorrecht aan bepaalde vorderingen van de werknemer op (het vermogen van) de werkgever en Ecoconcern is geen werkgever. Het middel van het UWV in cassatie bij de Hoge Raad richtte zich tegen het oordeel van de rechtbank dat geen voorrecht is verbonden aan de vordering van het UWV op Ecoconcern. De Hoge Raad heeft het middel ongegrond verklaard en het beroep verworpen. Volgens de Hoge Raad verbindt noch artikel 2:403 BW, noch enige andere wettelijke bepaling aan de vordering die het UWV heeft op Ecoconcern een voorrecht. Conclusie is dat de vordering van het UWV op Ecoconcern een concurrente vordering is.

In het arrest Vof VDV Totaalbouw/Beupro B.V. komt de Hoge Raad terug op vaste rechtspraak, inhoudende dat het faillissement van een vof ook het faillissement van de vennoten inhoudt. De Hoge Raad overweegt dat

een vof geen rechtspersoonlijkheid heeft. 'Een vof is een bij overeenkomst aangegane rechtsverhouding strekkende tot de uitoefening van een bedrijf onder gemeenschappelijke naam in een duurzaam samenwerkingsverband'. Een vof heeft een van de privévermogens van de vennoten afgescheiden vermogen. Een vof wordt in het maatschappelijk verkeer gezien en behandeld als een afzonderlijk rechtssubject dat zelfstandig aan het rechtsverkeer kan deelnemen. Op grond van artikel 18 WvK is elk der vennoten hoofdelijk verbonden voor de verbintenissen van de vof, hetgeen betekent dat de verbintenissen ook persoonlijk op hem rusten. De schuldeisers van de vof kunnen zich met voorrang boven de privé-schuldeisers van de vennoten op het afgescheiden vermogen van de vof verhalen. Dientengevolge kan een vof failliet worden verklaard, zonder dat dit het geval is ten aanzien van de vennoten. De Hoge Raad overweegt ten aanzien van de vorderingen op de vof en op de vennoten dat deze als afzonderlijke (samenlopende) vorderingen moeten worden beschouwd, die onafhankelijk van elkaar kunnen worden ingesteld en verhaald. In strijd hiermee lijkt het arrest van het Gerechtshof Arnhem van 21 juni 2016 (ECLI:NL:GHAMS:2016:2384), waarin is bepaald, dat een vof geen zelfstandige contractspartij kan zijn bij het sluiten van een overeenkomst. Volgens het hof zijn de gezamenlijke vennoten als zodanig, dus in hun hoedanigheid van vennoten, partij. Voor de beschouwing in dit artikel, zijn wij uitgegaan van de lijn, die de Hoge Raad in het voornoemde arrest heeft uitgezet.

Voorgaande arresten van de Hoge Raad hebben ons in ieder geval ten aanzien van de situatie van de vof en de vennoten op andere gedachten gebracht wat betreft de kwalificatie van bepaalde boedelvorderingen en preferente vorderingen in het faillissement van de

vof ten opzichte van de kwalificatie van deze vorderingen in de schuldsaneringsregelingen van de vennoten. De Hoge Raad heeft in Koot Beheer/Tideman immers duidelijk gemaakt dat er restrictief moet worden omgegaan met het kwalificeren van vorderingen als boedelvorderingen. In het arrest UWV/curatoren Ecoconcern heeft de Hoge Raad bepaald dat een preferente vordering in het faillissement van een dochtermaatschappij niet per definitie een preferente vordering in het faillissement van de moedermaatschappij oplevert, ook al is deze om een of andere reden wel aansprakelijk voor die schuld, en in Vof VDV Totaalbouw/Bepro B.V. heeft de Hoge Raad een duidelijk onderscheid aangebracht tussen de vof, die als zelfstandig rechtssubject aan het rechtsverkeer kan deelnemen en de vennoten van de vof.

### 3. Analyse

In artikel 18 WvK is de onderlinge relatie tussen de vof en vennoten wat betreft de aansprakelijkheid voor schulden geregeld. De letterlijke tekst luidt als volgt: *'In vennootschappen onder eene firma is elk der vennoten, wegens de verbindtenissen der vennootschap, hoofdelijk verbonden.'* Dit houdt onder andere in dat vennoten hoofdelijk aansprakelijk zijn voor schulden van de vof.

Dit houdt ons inziens niet in dat de kwalificatie van de vordering (bijvoorbeeld boedel- of preferente vordering) hetzelfde moet zijn. Mr. dr. P.P.D. Mathey-Bal denkt hier anders over en heeft haar zienswijze verwoord in haar proefschrift: *'De positie van de vennootschap onder firma'*<sup>3</sup>. Mr. Mathey-Bal overweegt dat de Hoge Raad in het arrest UWV/curatoren Ecoconcern heeft geoordeeld dat voorrechten alleen uit de wet (artikel 3:278 BW) kunnen ontstaan en niet éézijdig of contractueel, zoals door een artikel 403-verklaring in het leven

kunnen worden geroepen. Nu de vordering van een schuldeiser op de vof ('rechtstreeks en dwingend' uit de wet (artikel 18 WvK) ook een vordering op de vennoot inhoudt, is een preferente vordering op de vof, volgens mr. Mathey-Bal ook een bevoorrechte vordering op de vennoot. Volgens mr. Mathey-Bal kan de aansprakelijkheid en het ontstaan van het voorrecht niet los van elkaar worden gezien en verbindt artikel 18 WvK geen beperkingen aan de verbondenheid van de vennoten ten opzichte van de vof. Wij kunnen mr. Mathey in haar redenering niet volgen, nu de Hoge Raad met het rechtstreeks uit de wet ontstaan, naar wij aannemen, heeft bedoeld dat letterlijk in een wetsartikel, zoals in artikel 3:278 BW moet zijn bepaald dat een vordering bevoorrecht is. Artikel 18 WvK verleent geen voorrecht aan vorderingen.

De discussie heeft zich tot op heden bij Rechtbank Overijssel toegespitst op boedelvorderingen van het UWV uit het faillissement van de vof en op preferente vorderingen van het UWV en de belastingdienst uit het faillissement van de vof, die als boedel-, respectievelijk preferente vordering, werden aangemeld in de schuldsaneringsregelingen van de vennoten. Voorts was in de aan de orde zijnde zaken sprake van de situatie dat de vof en de vennoten failliet waren verklaard en dat rondom het eindigen van het faillissement van de vof, op de vennoten de wettelijke schuldsaneringsregeling van toepassing werd verklaard. We zullen ons in het vervolg van ons artikel dan ook tot bespreking van deze vorderingen in die situatie beperken.

#### *(Boedel)vordering UWV*

Op grond van artikel 40 lid 2 Fw. zijn vanaf het moment van de faillietverklaring loon en met de arbeidsovereenkomst samenhangende premieschulden, boedelschuld. In artikel 64

lid 1 Werkloosheidswet is bepaald dat er na het uitspreken van het faillissement gedurende de opzegtermijn van de arbeidsovereenkomst, die op grond van artikel 40 lid 1 Fw. maximaal 6 weken hoeft te bedragen, voor werknemers een recht op uitkering door het UWV ontstaat. In artikel 66 lid 1 Werkloosheidswet is bepaald dat de vorderingen van de werknemer op de werkgever, zoals bedoeld in artikel 64 lid 1 Werkloosheidswet, overgaan op het UWV, voor zover die vorderingen door het UWV worden voldaan. Uit artikel 66 lid 1 WW valt op te maken dat het UWV een vordering krijgt op de werkgever. Vaak zullen arbeidsovereenkomsten zijn aangegaan met de vof en niet met de vennoten. Wij stellen ons in dat geval op het standpunt dat de vof sec de werkgever is en dat niet ook de vennoten of uitsluitend de vennoten werkgever zijn. De vordering van het UWV is dan ook 'slechts' ten opzichte van de faillissementsboedel van de vof een boedelvordering. Ten opzichte van de vennoten geldt dat deze op grond van artikel 18 WvK hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schuld aan het UWV, maar dat maakt naar ons oordeel niet dat er in de schuldsaneringsregeling van de vennoten sprake is van een boedelschuld aan het UWV. Wij zijn van mening dat die schuld van de vennoten aan het UWV concurrent is.

Het UWV is, begrijpelijkerwijs, niet bereid de kwalificatie boedelvordering van een vordering, die in het faillissement van de vof wel als boedelvordering wordt aangemerkt, zonder slag of stoot op te geven.

Het UWV voert onder andere het volgende aan. Een vof mag dan wel een afgescheiden vermogen hebben, maar is geen rechtspersoon. De vof is slechts de benaming van haar gezamenlijke leden in vennootschappelijk verband, zodat de leden de dragers van de rechten en verplichtingen van de vennootschap

zijn. Het UWV beroept zich onder andere op HR 8 april 1937 (ECLI:NL:PHR:1937:BG 9447), waarin de Hoge Raad heeft overwogen: 'dat mitsdien degenen, die in dienst heet te zijn van een vennootschap onder firma, in werkelijkheid in dienst is van ieder van de vennoten'. In dit arrest was geen sprake van faillissementsperikelen, maar van schade veroorzaakt door een werknemer van een vof aan een derde, welke derde een vennoot van de vof had aangesproken voor vergoeding van die schade.

Voorts verwijst het UWV naar een arrest van de Hoge Raad van 8 februari 1980 (ECLI:NL:HR:1980:AE1069), waarin volgens het UWV impliciet is bevestigd dat een werknemer, die in dienst is van de vof, in werkelijkheid in dienst is van de vennoten. In dit arrest was evenmin sprake van een faillissementssituatie. Onderwerp van dit arrest was of een werknemer, die een arbeidsovereenkomst had gesloten met een B.V. i.o. en haar vennoten, nadat de B.V. tot stand is gekomen, moet worden geacht werknemer van de B.V. te zijn geworden. De rechtbank had dit niet onderzocht en de Hoge Raad heeft de zaak terugverwezen naar een hof, omdat de rechtbank niet had mogen uitsluiten dat de arbeidsovereenkomst : 'in dier voege is aangegaan dat de vof voor zichzelf handelt voor wat betreft de periode van het aangaan van de dienstbetrekking tot oprichting van de B.V., en voor de op te richten B.V. , voor wat betreft de periode daarna'.

Ten aanzien van het arrest van de Hoge Raad uit 1937 valt in te brengen, dat het niet ging om de kwalificatie van de vordering, die de derde had ten opzichte van de vof en/of de vennoten, maar om het feit of de vof een afzonderlijke rechtspersoon is en of het om te worden ontvangen in zijn vordering, uitmaakte



of hij de vordering uitsluitend tegen de vennoot had ingesteld of dat hij die ook tegen de vof had moeten instellen.

Voorts valt tegen beide arresten in te brengen, waarbij uit het arrest uit 1980 ons inziens niet valt af te leiden of iemand slechts in dienst kan zijn van de vof en niet in dienst is van de vennoten, dat er sinds jaren in het faillissementsrecht een rechtsontwikkeling valt waar te nemen, die wijst op een 'verzelfstandiging' van de vof in de deelname aan het rechtsverkeer en die onze stellingname rechtvaardigt. Belangrijk voorbeeld daarvan is het arrest Vof VDV Totaalbouw/Bepro B.V. dat als het standpunt van het UWV dat een werknemer slechts in dienst kan zijn van de vennoten wordt gehanteerd in het geval van een faillissement van uitsluitend de vof tot de ongewenste uitkomst komt dat het UWV niet tot loondoorbetaling tijdens de opzeggingstermijn van de arbeidsovereenkomst overgaat. Immers de arbeidsovereenkomsten zijn gesloten met de vennoten, die niet failliet zijn, zodat de curator de arbeidsovereenkomsten niet kan opzeggen. In de praktijk accepteert het UWV de opzegging van de arbeidsovereenkomsten door de curator van de vof echter en neemt het UWV de loonverplichtingen tijdens de opzegtermijn over.

Het UWV heeft zich subsidiair op het standpunt gesteld dat als er geen sprake is van een boedelvordering, de boedelvordering als preferente in plaats van concurrente vordering moet worden aangemerkt, omdat de vordering bevoorrecht is op grond van artikel 3:288 aanhef en onder e BW. Dit artikel(lid) luidt als volgt: *'De bevoorrechte vorderingen op alle goederen zijn de vorderingen ter zake van al hetgeen een werknemer over het lopende en het voorafgaande kalenderjaar in geld op grond van de arbeidsovereenkomst van zijn werkgever te vorderen heeft, alsmede de bedragen door de werkgever aan de*

*werknemer in verband met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst verschuldigd uit hoofde van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek betreffende de arbeidsovereenkomst'.*

Dit artikel(lid) ziet echter op loonvorderingen, die betrekking hebben op de periode vóór de faillietverklaring, zodat dit artikel(lid) niet van toepassing is op schulden ontstaan na faillietverklaring. Ons inziens moet worden teruggerepen op de hoofdregel van artikel 37 Fw in samenhang met artikel 18 WvK, dat door de niet-nakoming door de curator van wederkerige overeenkomsten, die ten tijde van de faillietverklaring nog niet of slechts gedeeltelijk zijn nagekomen, concurrente vorderingen ontstaan, waarvoor de vennoten hoofdelijk aansprakelijk zijn.

Vraag die tenslotte ten aanzien van de boedelvordering van het UWV uit de vof nog opdoemt, is of de vordering van het UWV op grond van het toedocriterium moet worden aangemerkt als boedelvordering in de schuldsaneringsregelingen van de vennoten. De vraag moet ons inziens met nee worden beantwoord, omdat de curator de vordering niet heeft veroorzaakt, en bovendien uit Koot Beheer/Tideman moet worden afgeleid dat het toedocriterium restrictief moet worden uitgelegd. Het aanmerken van een vordering, die is ontstaan op grond van de wet in een andere rechtsverhouding, namelijk vof en werknemer, dan in de rechtsverhouding tussen vennoten en werknemer, als boedelvordering, is na Koot Beheer/Tideman zeker niet meer aan de orde.

Tenslotte kan als argument worden genoemd het bepaalde in art. 15d lid 1 sub b Fw: boedelschulden gedurende het faillissement van de schuldenaar ontstaan gelden in diens opvolgende schuldsanering (na omzetting) als boedelschulden in de schuldsanering.

Er is dus een wettelijke bepaling nodig om er voor te zorgen dat een boedelschuld in het ene faillissement die status houdt in een (andere) schuldsanering.

#### *(Preferente) vorderingen - belastingschulden*

In artikel 33 lid 1, aanhef en onder a Invorderingswet 1990 is bepaald dat ieder van de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk is voor de rijksbelastingen, die zijn verschuldigd door een lichaam zonder rechtspersoonlijkheid of een rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam dat niet volledig rechtsbevoegd is. In artikel 33 lid 2 Invorderingswet 1990 is bepaald dat voor de toepassing van dit artikel onder lichamen wordt verstaan, lichamen als bedoeld in de zin van de Algemene wet inzake rijksbelastingen en wordt als bestuurder aangemerkt de volledig aansprakelijke vennoot van een maat- of vennootschap. Op grond van dit artikel, maar ook op grond van artikel 18 WvK is een vennoot hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden van de vof.

In artikel 53 lid 1 Invorderingswet 1990 is bepaald dat de bepalingen van de eerste en tweede afdeling van hoofdstuk IV inzake verhaalsrechten en verrekening, met uitzondering van artikel 24, tweede lid, overeenkomstige toepassing vinden ten aanzien van de aansprakelijk gestelde. De eerste en tweede afdeling van hoofdstuk IV omvat de artikelen 21 tot en met 24 van de Invorderingswet 1990. Artikel 21 lid 1 Invorderingswet luidt: *'s Rijks schatkist heeft een voorrecht op alle goederen van de belastingschuldige.*

Uit artikel 1 sub k Invorderingswet 1990 blijkt dat de belastingschuldige degene is te wiens naam de aanslag is gesteld.

Op grond van de combinatie van bovengenoemde artikelen in de Invorderingswet 1990

concluderen we dat de vennoten van een vof in alle gevallen 'aansprakelijk gestelde' zullen zijn, in sommige gevallen naast de vof, en dat het voorrecht van de belastingdienst op zowel de goederen van de vof als op de goederen van de vennoten rust. Een preferente vordering van de belastingdienst in het faillissement van de vof is dus ook een preferente vordering in de schuldsaneringsregeling van de vennoten.

#### *UWV-schulden*

Uit vorenstaande blijkt dat de wet de preferentie van (belasting) vorderingen in het faillissement van de vof uitdrukkelijk ook in de insolventieregimes van de vennoten van toepassing heeft verklaard. Dat is in het geval van een preferente vorderingen van het UWV niet het geval.

In artikel 3:288 aanhef en onder sub e BW is bepaald dat het voorrecht geldt voor vorderingen die de werknemer van de werkgever te vorderen heeft. Er vanuitgaande dat de arbeidsovereenkomst met de vof is gesloten en niet (ook) met de vennoten, is het voorrecht niet van toepassing op de vorderingen, die de werknemer op grond van de hoofdelijke aansprakelijkheid van artikel 18 WvK heeft op de goederen (privévermogen) van de vennoten. Ook in artikel 66 lid 2 en lid 3 WW wordt gesproken over een voorrecht betreffende de vordering bestaande uit verschuldigde sociale verzekeringspremies op de goederen van de werkgever.

#### **4. Conclusie**

Het gaat hier om een ingewikkelde materie waar bovendien forse bedragen mee gemoeid kunnen zijn. Ongetwijfeld gaat het leiden tot een of meer procedures. Bijvoorbeeld een renooiprocedure omdat de bewindvoerder de preferentie betwist of een procedure tegen de

boedel als het om een boedelschuld gaat. Ook is nog denkbaar een verzet tegen de uitdelingslijst. Wordt ongetwijfeld vervolgd.

*\* Christiane Koppelman is werkzaam als juridisch medewerkster in de Rechtbank Overijssel.*

*\*\* Matthieu Verhoeven is werkzaam als insolventierechter in de Rechtbank Overijssel.*

- 1 *Conclusie arrest Koot Beheer/Tideman, mr. M.H. Wissink, overweging 2.3. en Insolventierecht, prof.mr. R.D. Vriesendorp, Kluwer, 2013, Deventer, nr. 270, p. 297.*
- 2 *Conclusie arrest Koot Beheer/Tideman, mr. M.H. Wissink, overweging 2.7.1. en Insolventierecht, prof.mr. R.D. Vriesendorp, Kluwer, 2013, Deventer, nr. 270, p. 300.*
- 3 *De positie van de vennootschap onder firma; in civielrechtelijk, vennootschapsrechtelijk, publiekrechtelijk en Europeesrechtelijk perspectief, mr. dr. P.P.D. Mathey-Bal, Wolters Kluwer, 2016, Deventer, § 3.6.1.2.*

## 26 - De allesomvattende insolvente boedel

*Helen Schoonbrood\**

### 1. Inleiding

De taken van de WSNP Bewindvoerder (bewindvoerder) starten pas op het moment dat de rechtbank de toepassing tot de schuldsaneringsregeling heeft uitgesproken over een natuurlijk persoon en omvatten het controleren van de nakoming van de verplichtingen door de schuldenaar en het beheer en de vereffening van de boedel. Dit artikel richt zich specifiek op deze laatste taak.

Voordat men daar echter aan toe komt, dient bepaald te worden welke goederen en vermogen in de boedel vallen. De wettelijke basis daarvoor is verankerd in art. 295 Faillissementswet (Fw). Als gevolg van de toepassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling valt alles wat een schuldenaar bezit in de insolvente boedel. Dat omvat zijn schulden, zijn (on)roerende goederen, eventuele vorderingen, geld en ander vermogen. Dat artikel 295 lid 1 Fw, waar het tenslotte mee start, een behoorlijk

verre reikwijdte heeft, is in de praktijk minder bekend. In dit artikel ga ik dieper in op een veel besproken onderwerp: de banksaldo's op alle bankrekeningen waar de schuldenaar houder van is op de dag van toelating. In het artikel wordt dieper ingegaan op de wettelijke grondslag van deze reikwijdte en de argumenten die daartegen doorgaans worden aangevoerd om deze saldo's buiten de boedel te houden. Tot slot zal er ingegaan worden op een, mijns inziens, praktische benadering in de uitvoering van deze wetgeving.

### 2. Artikel 295 lid 1 Fw

De boedel omvat de goederen van de schuldenaar ten tijde van de uitspraak tot de toepassing van de schuldsaneringsregeling, alsmede de goederen die hij tijdens de toepassing van de regeling verkrijgt. Op het eerste gezicht lijkt de interpretatie van dit lid niet zo ingewikkeld. Het meest gegeven antwoord op de vraag wat een schuldenaar dan bezit op het moment van toelating is 'niets, alleen schulden'. Het is de schone taak van de bewindvoerder om verder te kijken en te bepalen wat er onder het eigendom van de schuldenaar valt en derhalve tot de insolvente boedel behoort.

De goederen, waarvan het meest voor de hand ligt dat zij in de boedel vallen zijn: bovenmatige inboedel (denk aan designer meubilair of bepaalde verzamelobjecten met waarde), een auto, brommer, aanhangwagen, sieraden, nalatenschappen, (huis)dieren, aandelen, royalty's en alle geld wat op de dag van toelating contant aanwezig is dan wel op een bankrekening geparkeerd staat. Over het algemeen is de inboedel niet bovenmatig, de auto niet bijzonder veel waard of noodzakelijk voor woon-werkverkeer, sieraden en huisdieren hebben meer sentimentele dan economische waarde en aandelen, royalty's en nalatenschappen zijn uitzonderlijk. Banksaldo is dat daarentegen niet. Over het algemeen heeft elke schuldenaar op de dag van toelating tot de schuldsaneringsregeling de beschikking over één of meer bankrekeningen (hoe ook genaamd), met saldo. Als het minnelijke traject naar behoren is uitgevoerd, hoort aan geen van deze rekeningen een kredietfaciliteit gekoppeld te zijn die de rekeninghouder in de gelegenheid stelt om rood te staan. Als er dus al saldo is, moet dat positief zijn. En dat positieve saldo, of dat nu € 0,01 bedraagt of € 10.000, of de rekening nu de naam spaar-, betaal-, beheer-, en/of rekening of leefgeldrekening draagt, valt in de boedel en moet afgedragen worden. Nu heeft de schuldenaar er geen invloed op wanneer zijn inkomen wordt gestort op zijn bankrekening en op welke dag hij wordt toegelaten tot de schuldsanering. Het kan dus zo zijn dat een schuldenaar de beschikking heeft over een aanzienlijk banksaldo op het moment dat hij wordt toegelaten tot de schuldsaneringsregeling. Maar voor de bepaling wat in de boedel valt, is het niet relevant meer waaruit het banksaldo is opgebouwd. Doordat er geld gestort is, onverschillig wat daarvan de herkomst is, vindt er vermogensvermenging plaats en art. 295 lid 1 Fw. bepaalt dat alles in de boedel valt.

Hierop baseren banken het beleid om, zodra de toepassing van de schuldsaneringsregeling is uitgesproken, de rekeningen te blokkeren. Het vermogen (positief banksaldo) valt in de boedel en als houder van dit vermogen kan de bank uitsluitend bevrijdend betalen aan die boedel en niet aan de schuldenaar. In de eerste weken na toelating van de schuldenaar tot de schuldsaneringsregeling wordt het vermogen in beeld gebracht door de bewindvoerder en het banksaldo zo nodig opgeëist voor de boedel. In de praktijk echter stuit men vaak op praktische bezwaren. De meest voorkomende bezwaren worden hier behandeld tegen de achtergrond van de strekking van dit wetsartikel.

### 3. Vrij te laten bedrag en beslagvrije voet

Een veelgehoord argument dat niet het gehele saldo in de boedel zou moeten vloeien, is dat er dan toch een vrij te laten bedrag (VTLB) of minstens een beslagvrije voet, van toepassing moet worden verklaard. Er wordt dan verwezen naar art. 295 lid 2 jo. lid 3 Fw, dat van het inkomen en de periodieke uitkeringen hoe ook genaamd, die de schuldenaar verkrijgt, slechts buiten de boedel gehouden wordt een bedrag gelijk aan de beslagvrije voet, welk bedrag door de rechter-commissaris (r-c) kan worden verhoogd met een nominaal bedrag, ofwel het VTLB. In de praktijk wordt hier, al dan niet met medewerking c.q. toestemming van de r-c, gehoor aan gegeven.

Juridisch is dit echter niet correct. Op de eerste plaats vindt er vermogensvermenging plaats op het moment dat er geld gestort wordt op een bankrekening. Men kan de vergelijking maken met contant geld. Degene die het contante geld in zijn onmiddellijke bezit heeft, wordt vermoed eigenaar te zijn. Voor een bankrekening is dit niet anders. De tweede reden waarom art. 295 lid 2 jo.

lid 3 Fw. niet van toepassing zou zijn op een banksaldo is dat het VTLB en de beslagvrije voet alleen werking hebben als het gaat om inkomen of periodieke betalingen. En daar is alleen sprake van als het inkomen of de periodieke betaling nog door de werkgever of uitkerende instantie moet worden overgemaakt. Indien men daar een (loon)beslag legt, dient de beslagvrije voet te worden gerespecteerd. Op het moment dat het inkomen of periodieke betaling op de bankrekening is gestort is het gehele saldo vatbaar voor beslag. De jurisprudentie blijkt verdeeld op dit punt.

Ook kan men niet voorbijgaan aan het woord 'verkrijgt' in het tweede lid van het desbetreffende artikel. In het eerste lid heeft de wetgever een expliciet onderscheid gemaakt tussen hetgeen de schuldenaar ten tijde van de toepassing van de schuldsaneringsregeling bezit en hetgeen hij gedurende de toepassing van de regeling *verkrijgt*. Uit de gebruikte woordkeuze kan men afleiden dat een VTLB (of een beslagvrije voet) alleen van toepassing is op inkomen en periodieke uitkeringen die een schuldenaar verkrijgt gedurende de regeling, niet op hetgeen hij reeds in zijn bezit heeft. Een laatste vergelijking kan men maken met de waarde van andere goederen zoals sieraden. Indien er gouden sieraden worden aangetroffen dan worden deze getaxeerd. De gehele waarde valt in de boedel. Ook hier is geen beslagvrije voet of VTLB van toepassing.

#### 4. Het ontstaan van nieuwe schulden

Een ander veelgehoord argument dat aangedragen wordt als men verneemt dat het gehele banksaldo, ook dat van de betaalrekening aan de boedel moet worden afgedragen, is dat daardoor nieuwe schulden ontstaan. Zeker indien men aan het einde van de maand wordt toegelaten - het inkomen is dan gestort en de

betaling van veel vaste lasten staat voor de deur - leidt dit tot een conflict.

De schuldenaar is gehouden het saldo af te dragen aan de boedel, in beginsel volledig en onmiddellijk, maar heeft daarnaast ook de verplichting om geen nieuwe schulden te laten ontstaan en mag geen lening aangaan gedurende de schuldsaneringsregeling. Dat er echter sprake zal zijn van een conflict leidt er niet toe dat de schuldenaar vervolgens vermogen mag behouden dat rechtens toekomt aan de boedel.

Het is immers niet aan de bewindvoerder, de schuldenaar, oude of nieuwe schuldeisers om te bepalen van welke goederen het rechtvaardig is om in de boedel te laten vloeien en van welke goederen niet. En ook een r-c en rechtbank dienen te kijken naar de bedoeling van de wetgever en hier uitvoering aan te geven. Bovendien moet men zich realiseren dat als men aan de werking van het ene wetsartikel niet mag tornen, zoals de werking van de schone lei (artikel 358 Fw), het ook niet de bedoeling is dat men wel mag afzien van de toepassing van een ander wetsartikel (artikel 295 Fw) omdat dat minder gunstig voor de schuldenaar is.

De problematische schulden waar een schuldenaar mee in de regeling komt, worden aan het einde omgezet in natuurlijke verbintenissen en schuldeisers kunnen geen invorderingsmaatregelen meer nemen. De bewindvoerder, de schuldeiser of de rechtbank kan op zo'n punt ook niet bepalen dat een deel van de vorderingen, ter hoogte van een niet problematische schuld, niet onder de werking van de schone lei valt en de schuldeisers voor dat deel recht hebben op 100% betaling en de schuldenaar weer kunnen aanspreken.

De vorderingen waarvan de wetgever bepaald heeft dat deze niet onder de werking van de schone lei vallen zijn limitatief opgesomd in de wet. Het gaat daarbij om een dwingendrechtelijke bepaling. Geen der partijen kan hier met de beste wil van de wereld een vordering aan toevoegen. Dat is een zekerheid waar de schuldenaar van op aan kan.

Hier staat mijns inziens tegenover, dat de schuldeiser die zijn vordering onder de werking van de wettelijke schuldsaneringsregeling ziet vallen, ervan op aan moeten kunnen dat hetgeen in de boedel dient te vloeien, geliquideerd wordt. Dit standpunt is in lijn met het arrest van de Hoge Raad (HR). De HR oordeelde dat er, gelet op de aard van de schuldsaneringsregeling, geen ruimte is om aan de uitzonderingen op art. 295 lid 1 Fw. een uitleg te geven die de bewoordingen daarvan te buiten gaat<sup>1</sup>.

## 5. Praktische benadering

Moet een bewindvoerder vervolgens zonder enige afweging alle saldo's van de bankrekening(en) in de boedel trekken zonder rekening te houden met de praktische gevolgen die dit heeft voor de schuldenaar? Nee, naar

mijn mening is niemand hierbij gebaat. De schuldenaar niet omdat er mogelijk nieuwe schulden ontstaan die kunnen leiden tot tussentijdse beëindiging van de regeling en de schuldeisers niet omdat zij dan te maken krijgen met een feitelijk insolvente schuldenaar. Betekent dit dat de schuldenaar het gehele saldo dan mag houden of in elk geval de beschikking moet houden over een VTLB of beslagvrije voet? Als ik in mijn hoedanigheid van bewindvoerder de praktische benadering kies dan stel ik in voorkomende gevallen bij het begin van de schuldsaneringsregeling, met instemming van de r-c, aan de schuldenaar een bedrag ter beschikking ter hoogte van het VTLB, onder voorwaarde dat dit bedrag gedurende de regeling vanuit het VTLB wordt ingelopen. Dit doet in de praktijk het meeste recht aan de geest der wetgeving en het doel van de schuldsaneringsregeling, zonder de schuldenaar in een onmogelijke positie te manoeuvreren.

*\*Helen Schoonbrood is bewindvoerder bij Verkerk en Vos Bewindvoeringen te Nieuw-Lekkerland.*

*1 HR 24 november 2006 (NJ 2007, 239).*

---

## 27 - De nieuwe privacywet in de bewindvoerderspraktijk.

*Theo Kusters\**

### 1. Grote veranderingen op komst

Sinds mei 2016 is een Europese verordening van kracht die van enorme invloed is op alle organisaties die persoonsgegevens verwerken, dus ook op kantoren van Wsnp bewindvoerders. Die wet, met een directe werking

in alle EU -lidstaten, stelt hoge eisen aan de technische en organisatorische maatregelen om adequate bescherming van persoonsgegevens te garanderen. In Nederland heet die wet de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG), ook wel General Data Protection Regulation (GDPR) genoemd of in de wandelingen gewoon “de privacywet”.

De Autoriteit Persoonsgegevens (AP), voorheen “College Bescherming Persoonsgegevens”, gaat vanaf 25 mei 2018 die wet naar het

zich laat aanzien streng handhaven. Dat is een belangrijk verschil met vroeger onder de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp), toen er maar zelden boetes werden uitgedeeld. Zelfs bij datalekken met ernstige gevolgen voor betrokken burgers ging het om relatief geringe bedragen. Dat gaat na 25 mei echt veranderen. De AP heeft handhavingsbevoegdheden die overeenkomen met die van de Autoriteit Financiële Markt (AFM) en veel lezers zullen beseffen wat dat betekent.

Straks bestaat ook de mogelijkheid voor individuen om laagdrempelig langs gerechtelijke weg schadeclaims in te dienen bij organisaties die het met de bescherming van hun persoonlijke gegevens niet zo nauw nemen. De AVG gaat immers voor een belangrijk deel over rechten van betrokkenen en plichten voor organisaties, dus ga er maar van uit dat zulke schadeclaims regelmatig zullen worden ingesteld en toegekend.

Het belangrijkste punt van aandacht blijft echter het risico van reputatieschade. Burgers worden mondiger en verlangen, terecht, zorgvuldigheid bij de verwerking van hun gegevens. Gaat er iets mis, dan staat u zó met naam en toenaam op facebook en is het afgelopen met uw moeizaam en jarenlang opgebouwde reputatie. Een goed moreel uitgangspunt hierbij is dat de gegevens die u verzamelt en verwerkt niet van u, maar van de betrokkene zijn.

Hoogste tijd dus voor bewindvoerders om kennis te nemen van de nieuwe wet en in actie te komen.

## 2. Betekenis voor de praktijk van bewindvoerders

Een hoog beschermingsniveau is zeker voor “gevoelige” gegevens vereist. Hiertoe rekent

de AP financiële data, zoals schuldenposities. Daarnaast is er ook een categorie “bijzondere” persoonsgegevens en daar vallen onder andere gegevens over etniciteit, (geestelijke) gezondheid en seksuele geaardheid onder. In beginsel mag u die gegevens helemaal niet in dossier hebben tenzij de betrokkene daar uitdrukkelijk, ondubbelzinnig en vrij (dat wil zeggen: zonder kans op nadelige gevolgen bij weigering) toestemming voor heeft gegeven. Een andere uitzondering op het algemene verbod is dat het bijvoorbeeld nodig is vanwege onderbouwing van een rechtsvordering en zo zijn er nog een paar uitzonderingen.

Bewindvoerders moeten het voor onbevoegden onmogelijk maken om toegang tot dossiers te krijgen. Op de eerste plaats zijn daar technische maatregelen voor nodig. Dat het niet zal lukken om systemen voor 100% waterdicht te krijgen is evident, maar wie nog firewalls van jaren geleden gebruikt, laat is met updates downloaden of geen beleid heeft voor het gebruik van wachtwoorden, om maar een paar voorbeelden te noemen, is duidelijk in overtreding. Art. 32 van de AVG spreekt van “passende maatregelen rekening houdend met de stand van de techniek en de uitvoeringskosten”. Kennelijk hoeft je dus geen kwartje uit te geven om een dubbeltje te beschermen, maar niets doen is geen optie en een zorgvuldige afweging van mogelijkheden een vereiste.

De persoonsgegevens in een dossier van een bewindvoerder zijn vaak heel gevoelig en de gevolgen die het voor een betrokkene kan hebben als deze gegevens in verkeerde handen terecht komen kunnen heel ernstig zijn. Dit verlangt van een bewindvoerder dat hij alle beschermingsmaatregelen neemt die redelijkerwijs van hem of haar gevraagd kunnen worden. Mocht er toch een datalek optreden, door acties van een hacker maar bijvoorbeeld ook wegens

onzorgvuldigheid van een medewerker, dan moet er een protocol zijn. Dit om de ernst van de inbreuk te kunnen beoordelen, al dan niet melding te hoeven maken bij de AP (en soms bij betrokkenen), een procedure om herhaling van het feit te voorkomen en de gevolgen voor betrokkene(-n), maar zeker ook voor de eigen organisatie, te beperken. Datalekken zijn kostbaar, vermijden en voorkomen ervan getuigt van goed en verantwoordelijk ondernemerschap.

Dat datalekprotocol is overigens slechts één voorbeeld van de organisatorische maatregelen die nodig zijn. Zo zult u zaken moeten regelen omtrent bewaartermijnen, overeenkomsten met partijen waar u gegevens mee uitwisselt, clean desk policy, transparantie en recht van inzage, om er maar een paar te noemen.

### 3. Beginselen voor de verwerking van persoonsgegevens

Omdat de in art. 5 van de AVG vermelde beginselen het fundament vormen onder de hele wet, benoem ik deze hieronder met een korte toelichting. Dit denkkader zal u mogelijk helpen om een “gevoel” te ontwikkelen bij het op een correcte manier omgaan met de aan u toevertrouwde gegevens. Verwerking van persoonsgegevens moeten voldoen aan:

- **Rechtmatigheid, behoorlijkheid en transparantie.** Er moet een rechtsgrond bestaan waaronder men de gegevens mag verwerken. Zo benoemt de rechtbank een bewindvoerder en is die rechtsgrond een wettelijke verplichting. Met transparantie wordt onder meer bedoeld dat u de betrokkene(-n) op de hoogte stelt van de verwerking en van diens rechten zoals inzage- en correctierecht; een privacyverklaring op uw website is nu een “must”.

- **Doelbinding.** U zult het doel waarvoor de gegevens verzameld en verwerkt worden expliciet en concreet moeten benoemen en u mag deze gegevens niet zomaar voor andere doelen gebruiken.
- **Minimale gegevensverwerking.** U mag niet meer gegevens van iemand verwerken dan strikt noodzakelijk is voor het doel waarvoor u die gegevens verwerkt.
- **Juistheid.** U bent ervoor verantwoordelijk dat de gegevens correct zijn en kunt aantonen hoe u geregeld heeft dat deze waar nodig geactualiseerd worden.
- **Opslagbeperking.** Tenzij andere, prevaleerende wetgeving van toepassing is, mag u persoonsgegevens nadat het doel bereikt is, niet langer bewaren op een manier die het mogelijk maakt om de betrokkene te identificeren. Encryptie, pseudonimiseren of gewoon verwijderen kunnen opties zijn.
- **Integriteit en vertrouwelijkheid.** Dit gaat onder andere over te nemen maatregelen voor bescherming tegen ongeoorloofde toegang en onopzettelijk verlies.
- **Verantwoordingsplicht.** U bent gehouden een register bij te houden over de verwerkingen die in uw praktijk plaatsvinden. Dit is geen sinecure en daarom hieronder een wat uitgebreidere toelichting op dit register.

### 4. Verwerkingenregister

In de AVG is sprake van omgekeerde bewijslast. Dit komt in Nederland niet zo vaak voor en geeft aan dat de overheid de bescherming van persoonsgegevens heel serieus neemt en dat ook van u als verantwoordelijke voor de verwerking verlangd. U heeft voor die omgekeerde bewijslast een register nodig waarin u vermeldt en bijwerkt welke categorieën gegevens u verwerkt, met welke rechtsgrond u dat doet en welke maatregelen u neemt om aan de hierboven genoemde beginselen te voldoen.



Bovenal zult u daar de bewijsvoering bij moeten kunnen overleggen. Dat is een hoeveelheid werk die nogal eens onderschat wordt omdat elke soort verwerking die u doet separaat geregistreerd moet worden. Een goed startpunt om hier inzicht in te krijgen is het maken van een stroomdiagram (flowchart) waarin u de informatiestromen van begin tot einde in kaart brengt. Een zinvolle exercitie overigens, want niet zelden komt nogal wat ingeslopen inefficiëntie daardoor aan het licht. In het kader van de AVG is het echter bedoeld om zwakke en/of risicovolle plekken in de informatiestroom te ontdekken en vervolgens gericht uw beveiligingsmaatregelen aan te scherpen. Begin er tijdig mee is het devies en laat u adviseren over methodes en beschikbare software.

## 5. Tenslotte

Begint het u al te duizelen? Het is natuurlijk niet mijn bedoeling om met dit artikel aan bangmakerij te doen. Het zal ook niet zo zijn dat de AP na 25 mei 2018 onmiddellijk boe-

tes gaat uitdelen aan bewindvoerders die nog niet aan alle eisen van de AVG voldoen. Doet u echter niets en gaat het mis, dan kunnen de gevolgen zeer ernstig zijn en kunt u zelfs hoofdelijk aansprakelijk gesteld worden voor betaling van een boete en van materiële en immateriële schade die door uw nalatigheid is aangericht.

Dit artikel heb ik geschreven om bewustwording bij uw beroepsgroep te creëren en is zeker niet volledig in het benoemen van alle zaken waar u door de AVG mee van doen hebt. De site van de AP [autoriteitpersoonsgegevens.nl](http://autoriteitpersoonsgegevens.nl) is actueel en geeft uitleg over strekking en implicaties van de wet. Meer informatie kunt u ook verkrijgen bij gespecialiseerde adviesbureaus of door een kennissessie of cursus te volgen.

*\*Theo Kusters is gecertificeerd privacyspecialist (Certified Information Privacy Professional Europe), oprichter van PrivacyCollectief Venlo en als docent privacywetgeving o.a. verbonden aan OSR Juridische Opleidingen te Utrecht.*

## 28 - De gedwongen schuldregeling: Motiveer het verzoek!

*Ron Cats\**

### 1. Inleiding

*Please Don't Say No* zingt de jazzmuzikant Nicholas Cole. In een minnelijk schuldregelingstraject wordt hier vaak geen gevolg aan gegeven: schuldeisers weigeren mee te werken aan zo'n traject. Hier heeft de wetgever in 2008 iets aan willen doen, namelijk het scheppen van een uitdrukkelijke wettelijke mogelijkheid tot het indienen van een verzoek tot het opleggen van een dwangregeling (artikel 287a Fw). Hierdoor kan een impliciet of expliciet

'nee' een gedwongen 'ja' worden. Het lijkt er op dat dit verzoek tot het opleggen van een dwangregeling in schuldhelpverleningsland in toenemende mate aan populariteit wint.<sup>1</sup> Er is zelfs een gemeente waar men meent dat een dergelijk verzoek een voorwaarde is voor het kunnen indienen van een verzoek tot toepassing van de WSNP. Dat is het uiteraard niet, maar dit neemt niet weg dat het zinvol is het belang van een – goed gemotiveerd – verzoek tot het opleggen van een dwangregeling weer eens onder de loep te nemen.

### 2. Parlementaire Geschiedenis

Een van de doelstellingen van de WSNP is het stimuleren van een minnelijke schuldrege-

ling tussen de schuldenaar en zijn schuldeisers, waarbij de wettelijke regeling als 'stok achter de deur' heeft te dienen.<sup>2</sup> Deze doelstelling werd echter niet gehaald, onder meer omdat bleek dat schuldeisers meer vertrouwen hebben in de wettelijke regeling waarbij een bewindvoerder en een rechter-commissaris betrokken zijn. Op 1 januari 2008 is een ingrijpend wetsvoorstel tot wijziging van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen in werking getreden waarbij de gedwongen schuldregeling in de wet is opgenomen. Dit gebeurde ter versterking van het minnelijk schuldregelingstraject. Sindsdien kunnen schuldeisers die hun medewerking aan een minnelijke regeling onthouden op verzoek van de schuldenaar door de rechtbank worden gedwongen aan die regeling mee te werken. Volgens de wetgever werd in de rechtspraktijk veel van de gedwongen schuldregeling verwacht, omdat zij een tegenwicht vormt voor de bij hetzelfde wetsvoorstel ingevoerde strengere toelatingseisen. Deze regeling kan voorkomen dat een te grote groep tussen de wal van het minnelijk traject en het schip van de schuldsanering terecht komt.<sup>3</sup>

### 3. De invulling van een verzoek tot het opleggen van een dwangregeling

Een verzoek tot het opleggen van een dwangregeling is toewijsbaar indien een *“schuldeiser in redelijkheid niet tot weigering van instemming met de schuldregeling heeft kunnen komen, in aanmerking genomen de onevenredigheid tussen het belang dat hij heeft bij uitoefening van de bevoegdheid tot weigering en de belangen van de schuldenaar of van de overige schuldeisers die door die weigering worden geschaad”*. Het gaat dus om een belangenafweging.

De wetgever heeft het verder aan de rechter overgelaten te oordelen in welke concrete omstandigheden van een onredelijke weigering

sprake is, zodanig dat schuldeisers tot medewerking gedwongen kunnen worden.<sup>4</sup> Hierbij kan worden uitgegaan van de onder artikel 3:13 lid 2 BW (misbruik van bevoegdheid) tot ontwikkeling gekomen jurisprudentie, aangezien die wettelijke bepaling een vergelijkbaar, maar meer algemeen geformuleerd criterium kent.<sup>5</sup> Onder verwijzing naar die jurisprudentie wijst de wetgever op de volgende omstandigheden die bij de belangafweging een rol kunnen spelen<sup>6</sup>:

- is het schikkingsvoorstel goed en betrouwbaar gedocumenteerd;
- is voldoende duidelijk gemaakt dat het aanbod het uiterste is waartoe de schuldenaar financieel in staat moet worden geacht;
- biedt het alternatief van faillissement of schuldsanering enig uitzicht voor de schuldenaar;
- biedt het alternatief van faillissement of schuldsanering enig uitzicht voor de schuldeiser: hoe groot is de kans dat de weigerende schuldeiser dan evenveel of meer zal ontvangen;
- is aannemelijk dat gedwongen medewerking aan een schuldregeling voor de schuldeiser concurrentieverstorend werkt;
- bestaat er precedentwerking voor vergelijkbare gevallen;
- wat is de zwaarte van het financiële belang dat de schuldeiser heeft bij volledige nakoming;
- hoe groot is het aandeel van de weigerende schuldeiser in de totale schuldenlast;
- staat de weigerende schuldeiser alleen naast de overige met de schuldregeling instemmende schuldeisers;
- is er eerder een minnelijke of een gedwongen schuldregeling geweest die niet naar behoren is nagekomen.

De wetgever voegt hier nog aan toe dat duidelijk moet zijn dat schuldeisers in een

gedwongen schuldregeling een hogere dan wel snellere aflossing krijgen dan in een wettelijk traject te verwachten is.

#### 4. Een dwangverzoek is slechts onder bijzondere omstandigheden toewijsbaar!

In het – na indiening van het wetsvoorstel – door de Hoge Raad op basis van artikel 3:13 BW gewezen Payroll-arrest<sup>7</sup> overweegt de Hoge Raad dat bij de toewijzing van een vordering tot medewerking aan een buitengerechtelijk akkoord terughoudendheid geboden is en dat slechts onder zeer bijzondere omstandigheden plaats kan zijn voor een bevel aan een schuldeiser om aan de uitvoering van een hem aangeboden akkoord mee te werken. Dit onder meer omdat tegenover het belang van de schuldeiser bij voldoening van zijn vordering door verhaal op alle goederen van zijn schuldenaar, het belang van de schuldenaar dat door de instemming van de schuldeiser met het akkoord de mogelijkheid bestaat dat een faillissement, surséance van betaling of schuldsaneringsregeling wordt voorkomen doorgaans niet zwaar genoeg zal wegen, terwijl in beginsel van de individuele schuldeiser niet hoeft te worden gevegd dat deze het belang laat prevaleren dat de schuldenaar beoogt te behartigen, namelijk dat hij (sneller) van zijn bestaande schuldenlast wordt bevrijd indien alle schuldeisers met het buitengerechtelijk akkoord instemmen.

Dit uitgangspunt is ook na 1 januari 2008 blijven gelden, onder meer omdat de gedwongen schuldregeling is aan te merken als een vorm van inmenging in het eigendomsrecht van de schuldeiser die slechts in bijzondere omstandigheden is te rechtvaardigen.<sup>8</sup> Bij de beoordeling van een verzoek tot het opleggen van een dwangregeling zal dan ook het uitgangspunt moeten zijn dat het iedere schuldeiser

vrijstaat om te verlangen dat zijn vordering volledig wordt betaald en (dus) dat een schuldeiser slechts onder bijzondere omstandigheden kan worden gedwongen om in te stemmen met een minnelijke schuldregeling die er toe leidt dat door schuldeisers afstand moet worden gedaan van een deel van een vordering.

#### 5. Een dwangverzoek moet zorgvuldig gemotiveerd worden!

Een verzoek tot het opleggen van een dwangregeling kan dus slechts onder bijzondere omstandigheden worden toegewezen. In processueel opzicht vergt dit nogal wat van de schuldenaar. De Hoge Raad overweegt dienaangaande in het genoemde Payroll-arrest: *Het ligt in beginsel op de weg van de schuldenaar die zodanige medewerking in rechte wenst af te dwingen de specifieke feiten en omstandigheden te stellen en, zo nodig, te bewijzen, waaruit kan worden afgeleid dat de schuldeiser naar redelijkheid niet tot weigering van instemming met het akkoord heeft kunnen komen.* Een verzoeker zal dus moeten stellen dat de in artikel 287a Fw bedoelde belangenafweging in het voordeel dient uit te vallen van de schuldenaar en de schuldeisers die wel hebben ingestemd én waarom dat het geval is.<sup>9</sup>

Een verzoek tot het opleggen van een dwangregeling is het begin van een procedure tussen enerzijds de schuldenaar en anderzijds één of meer schuldeisers. Het gaat hier om partijen die in processueel opzicht gelijkwaardig zijn, in de zin dat zij allen dezelfde rechten hebben. In de hier bedoelde procedure is 'de speelruimte' voor de rechter dus beperkt, ondanks dat een insolventierechter zich doorgaans actief pleegt op te stellen. In dat opzicht brengen niet of nauwelijks gemotiveerde dwangverzoeken een rechter in een lastig parket. Hoewel uit het dossier blijkt dat

een verzoek in beginsel toewijsbaar kan zijn, brengt de positie van de rechter met zich dat het oordeel moet worden gebaseerd op hetgeen verzoeker ter onderbouwing van zijn verzoek naar voren brengt. Het is – zeker niet bij een geheel niet gemotiveerd verzoek – niet aan de rechter in de bijlagen bij het verzoek op zoek te gaan naar bruikbare feiten of omstandigheden. De rechter dient immers ook de belangen van andere partij in het oog te houden. Er zijn dus gewoonweg grenzen aan het kunnen ‘meedenken’ door de rechter!

Het is dus van essentieel belang dat een verzoek tot het opleggen van een dwangregeling goed wordt gemotiveerd. In veel gevallen gaat dit mis! In de meeste verzoeken komt men – als er al wordt gemotiveerd – niet verder dan standaardopmerkingen als *“Door niet mee te werken worden de andere schuldeisers benadeeld.”*, of *“Een wettelijke traject brengt meer kosten met zich dan minnelijk traject.”*, dan wel *“Het voorstel is het maximaal haarbare.”* Dit wordt dan verder niet toegelicht. Dit is vaak niet voldoende! Dit moet worden uitgewerkt.

Een verzoeker dient aan de hand van concrete feiten en omstandigheden aan te geven waarom het belang van de niet-instemmende schuldeiser om volledig te worden betaald in dit geval ondergeschikt is aan het belang dat de schuldenaar en de wel instemmende schuldeisers hebben bij de totstandkoming van een minnelijke regeling. Daarbij kan niet worden volstaan met ‘oneliners’. Het verzoek dient te worden uitgewerkt, waarbij onder meer aandacht aan het volgende moet worden geschonken:

- Geef aan waarom er sprake is van financieel uitzichtloze situatie.
- Geef aan hoe het voorstel tot stand is gekomen en laat zien dat er sprake is van goed en betrouwbaar gedocumenteerd voorstel.<sup>10</sup>

- Maak duidelijk waarom het aanbod het uiterste is waartoe de schuldenaar financieel in staat moet worden geacht en laat zien dat de schuldeisers financieel beter af zijn met het voorstel dan met een schuldsanering of een faillissement. Laat daarbij ook zien:

- Welk percentage van zijn vordering een schuldeiser in het minnelijk traject ontvangt en welk percentage in het wettelijk traject.
- Welke bezittingen de schuldenaar heeft en als deze geen bezittingen van waarde heeft, hoe dit is gecontroleerd.

- Vermeld welk deel van de schuldeisers hun medewerking weigeren en welk deel hun vorderingen van de totale schuldlast van schuldenaar vertegenwoordigen. Houd er hierbij rekening mee dat de stelplicht zwaarder wordt naarmate het aantal niet-instemmende schuldeisers groter is en/of het deel van de schulden dat zij vertegenwoordigen hoger is.

- Vermeld ingeval van een prognosevoorstel door wie en op welke wijze zal worden gecontroleerd of de schuldenaar gedurende de looptijd van het minnelijke traject aantoonbare inspanningen verricht om inkomsten te vergroten of te behouden en of de aflossingscapaciteit volledig wordt ingebracht, op welke momenten het Vrij Te Laten Bedrag (en derhalve de aflossingscapaciteit) wordt bepaald en op welke wijze de schuldeisers zullen worden geïnformeerd. Maak daarbij tevens duidelijk wat de consequenties zullen zijn indien de schuldenaar onvoldoende medewerking verleent.

Tot slot nog dit. Indien een schuldenaar wenst dat een schuldeiser vrijwillig afscheid neemt van een deel van zijn vordering, dan is een actieve benadering door de schuldhulpver-

lener vereist. De met enige regelmaat uit dossiers blijkende mededeling aan een schuldeiser “Ik kan onderstaande gegevens niet verstekken. Eventueel kunt u onderstaande gegevens opvragen bij de klant door rechtstreeks met de klant contact op te nemen.”, zal een schuldeiser veelal niet stimuleren om (alsnog) akkoord te gaan met een voorstel.

## 6. Conclusie

Zoals duidelijk mag zijn, breek ik een lans voor beter gemotiveerde verzoeken tot het opleggen van een gedwongen schuldregeling. De vaardigheid tot het correct onderbouwen van een verzoek tot het opleggen van een dwangregeling dient te behoren tot de standaardbagage van degenen die namens schuldenaren een dergelijk verzoek indienen. Gebruik daarbij op heldere en overzichtelijke wijze zakelijke argumenten. Denk hierbij aan de hiervoor vermelde vingerwijzingen; deze zijn geen garantie voor succes, maar kunnen een eind op weg helpen. Wees er ook op bedacht dat het gaat om een belangenafweging en dat de enkele persoonlijke omstandigheden van een verzoeker niet doorslaggevend hoeven te zijn. De dwangverzoeken moeten dus eenvoudigweg beter worden gemotiveerd. Door dit niet te doen laat men kansen liggen; kansen die schuldenaren verdienen, maar door onvoldoende onderbouwing van het verzoek niet door de rechter kunnen worden gegeven!

\* *Mr. R. Cats is rechter-commissaris in het Insolventieteam van de Rechtbank Den Haag.*

- 1 *Monitor Wsnp 2015: Het aantal ingediende verzoeken om een dwangakkoord is continu toegenomen: ten opzichte van 2011 met 51% (van 1.457 naar 2.198); ten opzichte van 2014 was er in 2015 sprake van slechts een lichte stijging.*
- 2 *MvT, Kamerstukken II 1992/1993, nr. 3, p 6/7.*
- 3 *MvT, Kamerstukken II 2004/2005, 22 942, nr. 3, p 3.*
- 4 *MvT, Kamerstukken II 2004/2005, 22 942, nr. 3, p 17.*
- 5 *Art 3:13 lid 2 BW: Een bevoegdheid kan onder meer worden misbruikt door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden of met een ander doel dan waarvoor zij is verleend of in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.*
- 6 *MvT, Kamerstukken II 2004/2005, 22 942, nr. 3, p 18.*
- 7 *HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7799.*
- 8 *Zie ook MvT, Kamerstukken II 2004/2005, nr. 3, p 18.*
- 9 *Zie ook: B.J. Engberts, Voorlopige voorzieningen en dwangregeling in het schuldsaneringsrecht, 2015, p. 217.*
- 10 *Rechtbank Den Haag 23 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:2806: Voor een toewijsbaar verzoek om een dwangregeling (artikel 287a Fw) moet het minnelijk schuldsaneringstraject zijn uitgevoerd door een persoon of instelling zoals bedoeld in artikel 48 lid 1, aanhef en onder b, c of d WCK.*

## 29 - Procesrechtelijke appel- perikelen bij samenloop Wsnp-verzoek en verzoek dwang-akkoord

*Arnoud Noordam*

### 1. Inleiding

1.1 Een schuldenaar kan valide redenen hebben een minnelijke schuldregeling te verkiezen boven toepassing van het wettelijke schuldsaneringstraject. Te denken valt aan een schuldenaar die zijn ondernemingsactiviteiten wenst voort te zetten. Ook schuldeisers kunnen financieel voordeel hebben bij een minnelijke regeling, bijvoorbeeld als er een saneringskrediet (Bbz-krediet) beschikbaar is wat een hogere uitdeling mogelijk maakt dan bij toepassing van de wettelijke schuldsanering.

1.2 Wanneer één of meer schuldeisers niet instemmen met de aangeboden schuldregeling dan kan de schuldenaar aan de rechter vragen om die dwarsliggende schuldeiser(s) te bevelen alsnog in te stemmen met de regeling. Bij dat verzoek dwangakkoord (art. 287a Fw) dient de schuldenaar een subsidiair Wsnp-verzoek in te dienen met alle gegevens die bij dat Wsnp-verzoek horen (art. 284, 285 Fw). Als de rechter het dwangakkoord aan de schuldeiser oplegt, is de schuldregeling daarmee beklonken en kan met de uitvoering begonnen worden. Maar hoe nu als de rechter het dwangakkoord afwijst? De eerste vraag is dan of de schuldenaar kiest voor de wettelijke schuldsanering of dat hij zijn heil bij de hogere rechter gaat zoeken. Als de schuldenaar voor hoger beroep inzake het dwangakkoord kiest, kan dat dan meteen of moet eerst het Wsnp-verzoek ingetrokken? Mag de rechter eigenlijk eerst op het verzoek dwangakkoord beslissen en in een latere uitspraak op het Wsnp-verzoek? De Faillissementswet geeft

maar deels antwoord op deze vragen. In 2012 bepaalde de Hoge Raad dat de toewijzing van een verzoek om een dwangakkoord *niet* afhankelijk is van de toewijsbaarheid van het subsidiaire Wsnp-verzoek. Mocht het Wsnp-verzoek niet toewijsbaar zijn, bijvoorbeeld wegens de tienjaarsperiode van art. 288 lid 2 sub d Fw, dan is die Wsnp-afwijzingsgrond géén beletsel voor oplegging van het primair gevraagde dwangakkoord. De Hoge Raad realiseerde zich dat deze inhoudelijke loskoppeling ook consequenties heeft voor hoger beroep en cassatieberoep en stelde procesrechtelijke regels, in aanvulling op het wettelijke stelsel van rechtsmiddelen zoals neergelegd in art. 292 Fw. Met die regels van de Hoge Raad zijn helaas niet alle vragen opgelost en art. 292 Fw is ook nog niet aangepast.

1.3 Hieronder bespreek ik eerst de wettelijke regelingen in art. 287a en 292 Fw en dan het arrest van de HR uit 2012 (paragraaf 2 en 3). Dan bespreek ik twee uitspraken die de appel-problemen in de praktijk illustreren. In paragraaf 4 gaat het om een uitspraak van de Rechtbank Den Haag uit 2017: de schuldenaar wenste in beroep te gaan tegen afwijzing van het dwangakkoord en vroeg de rechter het Wsnp-verzoek aan te houden maar de rechtbank wees dat aanhoudingsverzoek af. In paragraaf 5 draait het om een schuldenaar die het gevraagde dwangakkoord niet krijgt maar wel, tegen haar zin, tot de Wsnp wordt toegelaten. Bij wijze van uitzondering vernietigt het Gerechtshof Den Haag de toepassing van de schuldsaneringsregeling en legt alsnog het dwangakkoord op.

1.4 Zolang de wettelijke regeling eist dat het primaire verzoek dwangakkoord vergezeld dient te gaan van een subsidiair Wsnp-verzoek blijft het lastig om deze twee verzoeken procesrechtelijk uit elkaar te trekken. Dit kan onder meer tot problemen leiden als de rechter eerst

uitspraak doet op het verzoek dwangakkoord en pas later op het Wsnp-verzoek. Zou het stelsel van rechtsmiddelen in deze samenloopkwesties voor verbetering vatbaar zijn? In paragraaf 6 doe ik enkele suggesties.

## 2. Wettelijke regelingen samenloop verzoeken en hoger beroep (art. 287a, 292 Fw)

2.1 Ik ga nu nader in op de situatie dat de rechter het verzoek dwangakkoord afwijst. Uit art. 287a lid 7 Fw volgt dat de rechter dan moet nagaan of de schuldenaar het (subsidiare) Wsnp-verzoek handhaaft. Tijdens de behandeling in de Eerste Kamer van het wetsvoorstel dat leidde tot invoering van art. 287a Fw, stelde de minister van justitie zich het zó voor dat de rechter tijdens de mondelinge behandeling van het verzoek dwangakkoord aan de schuldenaar vraagt of hij zijn subsidiaire verzoek handhaaft. Ik citeer uit de Memorie van Antwoord:<sup>1</sup>

*‘Met het oog op een efficiënte procesvoering kan ik mij voorstellen dat art. 287a, zevende lid, als volgt in de procedure wordt opgenomen. Indien het de rechter na de behandeling ter zitting van het verzoek tot gedwongen schuldregeling duidelijk is dat hij dit zal afwijzen, kan hij dat ter zitting kenbaar maken en de schuldenaar vragen of hij het verzoek tot toelating handhaaft. Zo ja, dan kan de behandeling worden voortgezet, zo niet, dan wordt de zitting gesloten en wordt de schuldenaar niet toegelaten tot de regeling. Als de rechter zich nog wil beraden over de gedwongen schuldregeling, zal hij de schuldenaar kunnen vragen of hij het verzoek tot toelating zou willen handhaven indien de rechter de gedwongen schuldregeling in zijn vonnis zou afwijzen. Ook dan wordt de zitting voortgezet als de schuldenaar toegelaten wenst te worden tot de schuldsaneringsregeling en wordt deze beëindigd als dat niet het geval is. Wellicht kan behandeling van het verzoek tot toelating ook nog extra duidelijkheid verschaffen over de mogelijkheden van de minnelijke regeling, zodat de*

*rechter er de voorkeur aan kan geven pas na de zitting zijn oordeel te bepalen en beide verzoeken te behandelen – mits de schuldenaar toegelaten wenst te worden.’*

In dit verband bepaalt art. 3.2.3.6 van het *Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken*: ‘De verzoeker laat uiterlijk ter zitting weten of hij zijn verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsregeling wenst te handhaven, indien zijn verzoek tot het opleggen van een dwangakkoord wordt afgewezen.’ Uit de opmerkingen van de minister en de tekst van de *Procesreglement* valt niet direct op te maken of de mondelinge behandeling van de twee verzoeken op dezelfde dag dient plaats te vinden en ook niet of op beide verzoeken op dezelfde dag uitspraak gedaan dient te worden – zie voor de complicaties die dit meebrengt par. 6.1 en 6.2 hieronder.

2.2 Art. 292 van de *Failissementswet* geeft de mogelijkheden van hoger beroep en cassatieberoep tegen rechterlijke uitspraken op verzoeken van de schuldenaar (a) tot toepassing van de schuldsaneringsregeling (Wsnp-verzoek) en (b) om een bevel tot instemming met een schuldregeling (dwangakkoord). Wanneer de rechtbank het Wsnp-verzoek afwijst, kan de schuldenaar in hoger beroep en zo nodig in cassatieberoep. Schuldeisers en andere belanghebbenden kunnen geen beroep instellen tegen toepassing van de schuldsaneringsregeling. De wettekst geeft de schuldenaar evenmin de mogelijkheid beroep in te stellen tegen toewijzing van zijn Wsnp-verzoek (zie ook paragraaf 3 hieronder over de in het HR-arrest uit 2012 aangehaalde rechtsgeschiedenis).

2.3 Bij toewijzing van het dwangakkoord kunnen de betreffende schuldeisers beroep en cassatieberoep instellen. Art. 292 Fw bepaalt niet met zoveel woorden dat de schuldenaar

beroep kan instellen tegen afwijzing van het dwangakkoord. Wel schrijft de tweede zin van art. 292 lid 3 Fw voor dat bij het hoger beroep tegen het afgewezen subsidiair Wsnp-verzoek het primaire verzoek dwangakkoord tevens aan het gerechtshof wordt voorgelegd. De wet lijkt dus geen *afzonderlijk* hoger beroep tegen een afgewezen dwangakkoord toe te staan en bij beroep tegen een afwijzing van een Wsnp-verzoek juist een parallel beroep tegen het primaire dwangakkoord te veronderstellen. Voor cassatieberoep van de schuldenaar houdt art. 292 lid 5 een overeenkomstige regeling in – dus geen cassatieberoep alleen gericht tegen afwijzing van het dwangakkoord en indien cassatieberoep wordt ingesteld tegen afwijzing door het gerechtshof van het Wsnp-verzoek dan ook tegen het primaire verzoek dwangakkoord.

### 3. HR koppelt inhoudelijke beoordeling dwangakkoord los van beoordeling Wsnp-verzoek – met aanvullende regels voor hoger beroep

In zijn arrest d.d. 14 december 2012 ECLI:NL:HR:2012:BY0966 oordeelde de Hoge Raad dat de toewijsbaarheid van een (primaire) verzoek op de voet van art. 287a lid 1 Fw om een bevel tot instemming met een schuldregeling, niet afhankelijk is van de toewijsbaarheid van een (subsidiair) verzoek op de voet van art. 284 Fw tot toepassing van de schuldsaneringsregeling. Aansluitend op dit oordeel gaf de HR een overzicht van de procesrechtelijke regels ten aanzien van het hoger beroep - deels nieuwe regels door de HR gesteld. De HR maakte daarbij onderscheid tussen vier gevallen:

*Eerste geval.* Indien de rechter het dwangakkoord afwijst maar het Wsnp-verzoek toewijst dan kan de schuldenaar geen beroep instellen tegen toewijzing van het Wsnp-verzoek en ook

niet tegen de afwijzing van het dwangakkoord, aldus de HR. De HR wijst op de Memorie van Toelichting van de minister van justitie (16 december 2004): is een schuldenaar eenmaal toegelaten, dan dient de schuldsaneringsregeling zonder verder oponthoud door een hangend hoger beroep van start te gaan.<sup>2</sup> Wat betreft een afzonderlijk beroep tegen afwijzing van het dwangakkoord overwoog de HR dat de wetgever beoogde te voorkomen dat een dergelijk afzonderlijk beroep het mogelijk zou maken *'tot en met de Hoge Raad door te procederen over een gedwongen schuldregeling, om na afwijzing daarvan pas te gaan kijken of de schuldenaar tot de schuldsaneringsregeling kan worden toegelaten. Het ligt voor de hand dat de schuldenlast in de tussentijd zal toenemen en schuldeisers de schuldenaar voor een faillissement voorgedragen zullen hebben, dan wel beslag gelegd zullen hebben, hem uit huis geplaatst zullen hebben en dergelijke'*.<sup>3</sup>

Ik voeg hieraan toe dat deze toelichting van de minister d.d. 3 maart 2006 volgde op vragen van Kamerleden van CDA en PvdA, in navolging van de NVVK, of het om praktische redenen geen aanbeveling verdient de schuldenaar in de gelegenheid te stellen tegen afwijzing van het dwangakkoord afzonderlijk hoger beroep en cassatieberoep in te stellen. Het heeft immers geen zin zo stelden deze Kamerleden *'om het subsidiaire verzoek te behandelen als de schuldenaar alleen maar het voorstel in het minnelijk traject wil toetsen en geen zin heeft zich aan de wettelijke schuldsaneringsregeling te onderwerpen'*. De minister voegde aan zijn *'overwegingen van proceseconomie'* nog toe dat de mogelijkheid *'alleen een verzoek om gedwongen schuldregeling aan de rechter voor te leggen, bestaat reeds. Dat is een kort geding waarbij wordt gevorderd een schuldeiser te dwingen tot medewerking. Het is niet duidelijk waarin het verschil bestaat tussen het voorstel van de NVVK en dit kort geding. [...]* Bovendien gaat het voorstel voorbij aan een van



*de belangrijkste voordelen van het huidige voorstel voor de gedwongen schuldregeling. Dat is dat er niet alleen een verzoek voor een dergelijke regeling wordt voorgelegd, maar tevens een heel dossier ten behoeve van de aanvraag om toegang tot de schuldsaneringsregeling. Dat maakt de beoordeling van de gedwongen schuldregeling eenvoudiger en ook kansrijker.*<sup>4</sup> Nog afgezien van de specifieke deskundigheid van de insolventierechter zie ik in ieder geval één groot verschil: een (subsidiar) Wsnp-verzoek gevoegd bij het verzoek dwangakkoord schorst de behandeling van een faillissementsverzoek (art. 3a Fw) terwijl het aanhangig maken van een kort geding tegen een schuldeiser die schorsende werking niet heeft. Het punt van de informatievoorziening van de hogere rechter kan eenvoudig opgelost worden door het Wsnp-verzoek (dan wel de daarbij te voegen informatie, zie art. 285 Fw) bij te voegen, ook als het appelgeding alleen het dwangakkoord betreft.

*Tweede geval.* Indien de rechtbank zowel het verzoek dwangakkoord als het Wsnp-verzoek afwijst dan kan de schuldenaar in hoger beroep. De Hoge Raad volgt hier de wettelijke regeling in art. 292 lid 2 en lid 3 Fw: Mocht ook het gerechtshof beide verzoeken afwijzen dat kan de schuldenaar cassatieberoep instellen. Mocht het gerechtshof het dwangakkoord afwijzen maar het Wsnp-verzoek toewijzen dan kan de schuldenaar geen cassatieberoep meer instellen ten aanzien van het afgewezen dwangakkoord.

*Derde geval.* Hoe nu indien de rechter het verzoek dwangakkoord afwijst en de schuldenaar vervolgens zijn Wsnp-verzoek intrekt, bijvoorbeeld als hij inziet dat hij niet voor de wettelijke regeling in aanmerking komt. De HR overweegt dat de wet niet voorziet in deze situatie en dat in de wetsgeschiedenis deze situatie niet onder ogen is gezien. De HR oordeelt

dat indien de schuldenaar zijn Wsnp-verzoek tijdens de procedure in eerste aanleg intrekt, de schuldenaar hoger beroep en cassatieberoep kan instellen tegen alleen de afwijzing van het dwangakkoord (of cassatieberoep na intrekking van het Wsnp-verzoek hangende de appelprocedure). Daarbij dient hij wel het volledige dossier in eerste aanleg over te leggen, inclusief het Wsnp-verzoek in eerste aanleg. Ter motivering van deze procesrechtelijke loskoppeling van het verzoek dwangakkoord verwijst de HR onder meer naar de loskoppeling van de inhoudelijke beoordeling van de beoordeling van het Wsnp-verzoek.

In het HR arrest 2012 veronderstelt de HR dat de schuldenaar *hangende* de eerste instantie al zijn Wsnp-verzoek intrekt en daarna alleen appelleert tegen afwijzing van het art. 287a-verzoek. Engberts merkt in zijn proefschrift terecht op dat de HR niet (althans niet expliciet) ingaat op het geval dat de rechtbank beide verzoeken afwijst en de schuldenaar alleen appel instelt inzake het dwangakkoord - en dus had 'verzuimd' het Wsnp-verzoek reeds hangende de eerste instantie in te trekken.<sup>5</sup> In twee arresten uit december 2010 wees Hof Den Bosch het afzonderlijke appel tegen het dwangakkoord af; Engberts noemt dit 'waarschijnlijk niet juist' nu het niet-appelleren tegen afwijzing van het Wsnp-verzoek gelijk kan worden gesteld aan het (alsnog) intrekken van het Wsnp-verzoek.

*Vierde geval.* Het vierde geval betreft toewijzing van het verzoek dwangakkoord. De desbetreffende schuldeisers kunnen hoger beroep en cassatieberoep instellen. Wijst de hogere rechter het dwangakkoord alsnog af, dan dient de rechter te onderzoeken of de schuldenaar zijn subsidiaire Wsnp-verzoek handhaaft en zo ja daar uitspraak op te doen. Wijst het hof ook het Wsnp-verzoek af dan kan de schuldenaar nog in cassatie, ook ten aanzien van het alsnog

afgewezen dwangakkoord. Na intrekking van het Wsnp-verzoek, hangende het appel, kan de schuldenaar cassatieberoep instellen als het beroep van de *schuldeiser* tegen het dwangakkoord succesvol is geweest.

#### **4. Rb. Den Haag (2017): geen aanhouding Wsnp-verzoek tot in hoogste instantie is beslist op verzoek dwangakkoord**

In de uitspraak ECLI:NL:RBDHA:2017:1290 ging het om een schuldenaar (verzoeker) met een schuldenlast van ruim € 184.000. De schuldenaar bood zijn tweëndertig schuldeisers een minnelijke regeling aan: betaling van bijna 16% van hun vorderingen aan de concurrente crediteuren en 32% aan de preferente crediteuren. Drie schuldeisers weigerden dit aanbod. Het tegen die weigering gericht verzoek dwangakkoord van de schuldenaar wees de Rechtbank Den Haag af. De schuldenaar had de rechtbank ook verzocht om *eerst* te beslissen op de door hem aangeboden schuldregeling als bedoeld in art. 287a Fw en pas nadat een (eventuele) hoger beroeps-termijn zou zijn verstreken, te beslissen op het subsidiaire Wsnp-verzoek. Onder verwijzing naar het hierboven besproken arrest van de HR d.d. 14 december 2012 wees de rechtbank dat aanhoudingsverzoek af. De rechtbank overwoog daarbij het volgende: (1<sup>e</sup>) de vraag of hoger beroep mogelijk is tegen de afwijzing van een dwangakkoord na toewijzing van de schuldsaneringsregeling is een vraag die niet de rechtbank, maar het gerechtshof zal moeten beantwoorden, (2<sup>e</sup>) het art. 287a-verzoek is naar zijn aard annex aan het Wsnp-verzoek. Hoewel de toets een andere is en elk verzoek op de eigen merites moet worden beoordeeld, kan het art. 287a-verzoek niet zonder het Wsnp-verzoek bestaan. Ook dat is een reden om niet op twee verschillende momenten te beslissen. Een oplossing voor de situatie waarvoor ver-

zoeker lijkt te vrezen – namelijk dat hij een kans krijgt in de wettelijke regeling in plaats van in de minnelijke regeling zijn schuldenprobleem op te lossen – kan omzeild worden door het Wsnp-verzoek in te trekken onder de opschortende voorwaarde van afwijzing van het dwangakkoord, aldus de rechtbank. Of hij met enkel een afgewezen dwangakkoord zal worden ontvangen in hoger beroep, is aan het gerechtshof. De rechtbank onderkent dat verzoeker het risico loopt dat hij, na een voorwaardelijke intrekking van het Wsnp-verzoek en als het hoger beroep ook niet tot een dwangakkoord leidt, opnieuw een Wsnp-verzoek in zou moeten dienen. Dat risico zal hij voor lief moeten nemen. Het systeem van dwangakkoord en Wsnp-verzoek is niet gericht op vrijblijvendheid, maar op bewuste keuzes van schuldenaren die zich optimaal willen inspannen om schuldenvrij te worden, zo besluit de rechtbank.

#### **5. Hof Den Haag 23 mei 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2503 (287a Fw) en 200.211.493 (284 Fw), niet gepubliceerd**

Ook in deze zaak diende verzoeker bij de rechtbank een verzoek dwangakkoord en een Wsnp-verzoek in. De schuldhulpverlenende instantie had aan de schuldeisers een regeling aangeboden maar de schuldhulpverlener vergezelde verzoeker, als gevolg van een onverwachte verhindering, niet ter zitting. De rechtbank wees het dwangakkoord af, maar het Wsnp-verzoek toe. Verzoeker stelde met succes beroep in: het Gerechtshof Den Haag vernietigde de beslissing tot toepassing van de schuldsaneringsregeling en legde alsnog het dwangakkoord op. Het hof overwoog dat niet bleek dat de rechtbank verzoeker had gevraagd of hij zijn Wsnp-verzoek wilde handhaven voor het geval het verzoek dwangakkoord zou worden afgewezen. Naar het oordeel van het

hof brengt de hierboven in paragraaf 2.2. geciteerde toelichting van de minister van justitie uit 2007 mee dat verzoeker door de rechtbank ten onrechte niet de vraag is gesteld of hij zijn Wsnp-verzoek wilde handhaven voor het geval het zou komen tot een afwijzing van zijn verzoek dwangakkoord. Het hof oordeelde dat de rechtbank er niet vanuit mocht gaan dat het Wsnp-verzoek werd gehandhaafd. Om die reden geldt een uitzondering op de regel dat verzoeker niet in hoger beroep kan komen van toewijzing van het subsidiaire Wsnp-verzoek. Het hof wees vervolgens het verzoek dwangakkoord alsnog toe.

Voorzover mij bekend, is dit de eerste keer dat een gerechtshof het hoger beroep door de schuldenaar tegen toepassing van de schuldsaneringsregeling toewijst. De gang van zaken illustreert de onvolkomenheden c.q. praktische moeilijkheden van de appelregels zoals die bij wet en door de HR zijn gesteld – ik zal daar in de volgende paragraaf verder op ingaan.

## 6. Commentaar en enige suggesties

6.1 *Intrekking subsidair Wsnp-verzoek.* Eerst maak ik enkele opmerkingen over de mogelijkheid die de wet biedt om het Wsnp-verzoek in te trekken en de aanvullende regel van de Hoge Raad om zodoende beroep tegen het afgewezen dwangakkoord te faciliteren (zie paragraaf 3 hierboven, *Derde geval*). De wet en de Hoge Raad schrijven niet voor dat de *behandeling* van het verzoek dwangakkoord en het Wsnp-verzoek op dezelfde dag dienen plaats te vinden. De minister gaf in de Eerste Kamer wel zijn gedachten over een mogelijke aanpak door de rechter (zie het citaat in paragraaf 2.2 hierboven) maar dit is niet bindend voorgeschreven. Art. 287a lid 7 Fw bepaalt slechts dat indien de rechtbank het verzoek dwangakkoord afwijst, zij (ook) op het Wsnp-verzoek beslist

indien de schuldenaar dat verzoek handhaaft. Maar vraagt de rechter naar de handhaving van het Wsnp-verzoek ter zitting - en dan alleen als de rechter al hardop heeft uitgesproken het dwangakkoord te zullen afwijzen of zich al voorgenomen heeft het dwangakkoord af te wijzen? Het is niet denkbeeldig dat verzoeker, al dan niet vergezeld van schuldhulpverlener en/of rechtsbijstand, de strekking van die vraag niet geheel doorziet of liever niet wil vooruitlopen op het (gemotiveerde) oordeel van de rechter inzake het dwangakkoord. Een belangrijk punt bij de overweging tot intrekking van het subsidiaire Wsnp-verzoek is, ik noemde het al, dat door intrekking van het Wsnp-verzoek de schorsing van een eventueel aanhangig faillissementsverzoek eindigt. Ook kan het zijn dat de rechter de kwestie wél aan de orde stelt maar toch de keuze en de consequenties niet duidelijk genoeg aan de schuldenaar voorlegt.<sup>6</sup> Of dient de rechter die vraag naar handhaving van het Wsnp-verzoek wellicht *schriftelijk* aan de schuldenaar-verzoeker te stellen, na afloop van de zitting, zodat verzoeker zich op een antwoord en daarmee samenhangende appelmogelijkheden kan beraden?

6.2 *Uitspraken op 284- en 287a-verzoeken niet steeds op dezelfde dag.* Daar komt bij -zoals reeds opgemerkt- dat de Faillissementswet, wetsgeschiedenis en Hoge Raad evenmin voorschrijven dat de rechter zijn *uitspraken* op de twee verzoeken tegelijkertijd c.q. op dezelfde dag dient te doen. In de zaak die leidde tot het arrest van Hof Den Bosch d.d. 21 september 2017 had de rechtbank uitspraak gedaan op het 287a-verzoek maar (nog) niet op het 284-verzoek (ECLI:NL:GHSHE:2017:4100). De rechtbank had *na afloop* van de mondelinge behandeling schriftelijk aan de verzoeker gevraagd of hij het Wsnp-verzoek wilde handhaven maar verzoeker appelleerde in de 287a-zaak nog vóórdat hij de rechtbank had geantwoord

en (dus) voordat in de 284-zaak was beslist. Verwijzend naar het hierboven besproken HR-arrest van 14 december 2012 verklaarde het Hof Den Bosch verzoeker niet-ontvanke-lijk in zijn separate appel tegen het afgewezen 287a-verzoek.

In de rechtspraktijk komt ook voor dat de appelrechter de twee uitspraken niet op dezelfde dag doet. Zie bijvoorbeeld het arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden d.d. 13 juli 2017 ECLI:NL:GHARL:2017:6067. In deze zaak had de schuldenaar een Wsnp-verzoek en later een 287a-verzoek ingediend ter afwering van een faillissementsverzoek van een van zijn schuldeisers. In twee afzonderlijke uitspraken, op dezelfde dag geweest, wees de rechtbank beide verzoeken af. De schuldenaar stelde tegen beide afwijzingen appel in. Het hof hield een mondelinge behandeling van het dwangakkoord op 16 februari 2017 en wees het hoger beroep af bij arrest d.d. 20 maart 2017. Het hof behandelde voorts het Wsnp-verzoek op 6 juli 2017 en in een tweede arrest van 13 juli 2017 sprak het hof de toepassing van de schuldsaneringsregeling uit. Was nu denkbaar geweest dat de schuldenaar/verzoeker cassatieberoep had ingesteld tegen afwijzing van het dwangakkoord terwijl nog geen uitspraak was gedaan op het Wsnp-verzoek? Dit lijkt geen begaanbare weg. Gezien het arrest van de HR uit 2012 (en het zojuist besproken arrest van Hof Den Bosch van 21 september jl.) lijkt het erop dat verzoeker voor een separaat cassatieberoep dan zijn Wsnp-verzoek had moeten intrekken. Die intrekking zou hier echter hebben geleid tot het einde van de schorsing van het aanhangige faillissementsverzoek van de dwarsliggende schuldeisers en was voor verzoeker dus geen aantrekkelijke optie. De schuldenaar zag af van cassatieberoep en ik zou geneigd zijn te denken dat hij ná het verstrijken van de cassatietermijn op 28 maart 2017 ook geen cassatieberoep in-

zake het dwangakkoord meer kon instellen. In een niet-gepubliceerd arrest van 23 februari 2017 stelt Hof Den Bosch zich wat betreft het verstrijken van de appeltermijn echter ruimhartig op (zaaknummer: 200.199.095/01). Ook in die zaak deed de rechtbank niet op één en dezelfde dag uitspraak op de twee verzoeken van de schuldenaar: zij wees op 12 mei 2017 het 287a-verzoek af en bijna vier maanden later, op 1 september 2017, het Wsnp-verzoek. De schuldenaar appelleerde op 8 september 2017 tegen beide vonnissen. Hof Den Bosch constateerde overschrijding van de appeltermijn met betrekking tot het 12 mei-287a-vonnissen maar achtte deze overschrijding –in deze (wel zeer) specifieke zaak’ verschoonbaar.<sup>7</sup> Als deze elegante oplossing in de wet wordt vastgelegd, zou dit een fraaie oplossing zijn voor de processuele dilemma’s van de schuldenaar.

*6.3 Het Vierde geval nader beschouwd (zie par. 2 hierboven).* Stel nu dat de rechtbank het dwangakkoord oplegt maar de dwarsliggende schuldeiser succesvol hoger beroep instelt. Dan staat de schuldenaar voor een niet erg benijdenswaardige keuze. *Of* de schuldenaar verzoekt de appelrechter alsnog op het Wsnp-verzoek te beslissen (de rechtbank was daar niet aan toegekomen) - mocht dat Wsnp-verzoek toegewezen worden dan kan de schuldenaar geen cassatieberoep inzake het dwangakkoord meer instellen (tenzij de uitspraak van het Haagse hof geen uitzondering blijft maar regel wordt). *Of* de schuldenaar trekt zijn Wsnp-verzoek in en stelt cassatieberoep in tegen de afwijzing door het hof van het dwangakkoord. In feite speelt deze keuze ook al in eerste instantie als de rechtbank het dwangakkoord afwijst maar het lijkt nog wranger de schuldenaar, die hoop had geput uit de positieve uitspraak van de rechtbank, in appel in zo’n lastige keuzepositie te brengen.

6.4 *Aanhouding Wsnp verzoek als mogelijke oplossing?* Uit het voorgaande blijkt wel dat de in een problematische schuldsituatie verkerende schuldenaar in lastige procesrechtelijke perikelen verzeild kan raken. Zou er niet veel voor te zeggen zijn de schuldenaar die veel waarde hecht aan het tot stand komen van een buitengerechtelijke schuldregeling (en buiten de Wsnp wil blijven) de mogelijkheid te bieden eerst zijn verzoek dwangakkoord tot in hoogste instantie uit te laten procederen en, zo nodig, daarna nog terug te komen op het Wsnp-verzoek? De minister en de HR hebben er terecht op gewezen dat deze gang van zaken tot aanzienlijke vertraging kan leiden, hoewel ik mij toch ook kan voorstellen dat 287a-verzoeken sneller afgehandeld kunnen worden dan gecombineerde 287a-284-verzoeken. De HR heeft immers in 2012 uitgemaakt dat de toewijsbaarheid van 287a-verzoeken niet afhangt van de toewijsbaarheid van 284-verzoeken (zie het in paragraaf 2 besproken arrest). Derhalve behoeft de 287a-rechter niet aan de criteria van art. 288 Fw te toetsen. Belangrijker is in dit verband wellicht het recente HR-arrest d.d. 9 juni 2017 waarin de HR de schuldenaar toestaat, ter afwering van een aanhangig faillissementsverzoek, een *tweede* Wsnp-verzoek in te dienen nadat het eerste verzoek tot in hoogste instantie is afgewezen.<sup>8</sup> Ook een dergelijk tweede Wsnp-verzoek zal vanzelfsprekend tot aanzienlijke vertraging leiden. De Hoge Raad geeft de faillissementsrechter overigens de mogelijkheid af te zien van (voortgezette) schorsing van het faillissementsverzoek indien het tweede Wsnp-verzoek misbruik van bevoegdheid zou opleveren. Wellicht kan die misbruik-leer, in voorkomende gevallen, ook dienstig zijn bij het separaat procederen over dwangakkoord en Wsnp-verzoek.

Een technische variant op aanhouding van het Wsnp-verzoek zou nog zijn een *voorwaardelijke* intrekking van het Wsnp-verzoek waarbij de opschortende voorwaarde is dat het 287a-verzoek alsnog in appel of cassatie wordt toegewezen.

6.5 *Akkoord-procedure aanstonds na aanvang Wsnp-procedure.* Een andere oplossing zou wellicht nog zijn dat de schuldenaar bij toewijzing van het Wsnp-verzoek alsnog daartegen, binnen acht dagen na toepassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling, in beroep kan komen tegelijk met beroep tegen het afgewezen dwangakkoord. In navolging van het Haagse arrest (zie paragraaf 5 hierboven) zou de toepassing van de wettelijke schuldsanering dan 'omgezet' kunnen worden in een dwangakkoord.<sup>9</sup> Een variant daarop zou nog kunnen zijn dat de appelrechter in die specifieke appelsituatie de meerderheidscriteria van art. 332 Fw toepast in plaats van het redelijkheidscriterium van art. 287a Fw.<sup>10</sup> Wijst de hogere rechter het akkoordvoorstel opnieuw af dan weet de schuldenaar zich beschermd door de wettelijke schuldsanering. Hangende de appelprocedure gelden de schuldsaneringsverplichtingen voor de schuldenaar en de Wsnp-bewindvoerder kan de schuldeisers adviseren over het aangeboden akkoord.

## 7. Slot

De appelrechter wil de in processuele nood verkerende schuldenaar nog wel eens tegemoet komen. Het zou de rechtszekerheid van de schuldenaar bevorderen indien de Hoge Raad zich bij gelegenheid nog eens uitsprekt, of nog liever: er een wettelijke regeling komt, over de (on-)mogelijkheden van

- (a) Separaat hoger beroep tegen een afgewezen dwangakkoord (met aanhouding c.q. voorwaardelijke intrekking van het Wsnp-verzoek), en/of
- (b) (Verlaat) hoger beroep tegen een (deel-)vonnis waarbij alleen het 287a-verzoek is afgewezen, tegelijk met hoger beroep tegen de latere afwijzing van het Wsnp-verzoek (vgl. de ‘verschoonbare termijnoverschrijding’ waarmee het Hof Den Bosch het te laat ingestelde 287a-beroep sauveerde), en/of
- (c) Voorwaardelijk appel tegen *toewijzing* van een Wsnp-verzoek tegelijk met beroep tegen afwijzing van het dwangakkoord (vgl. het arrest van Hof Den Haag waarbij het toegewezen Wsnp-verzoek werd vernietigd en alsnog een dwangakkoord werd opgelegd).

- 1 *Kamerstukken I 2006–2007, 29942, nr. C, p. 7.*
- 2 *Kamerstukken II 2004–2005, 29 942, nr. 3, p. 23, en nr. 4, p. 3.*
- 3 *De HR verwijst naar Kamerstukken II 2005–2006, 29 942, nr. 7, p. 87.*
- 4 *Zie de vindplaats genoemd in de vorige noot.*
- 5 *Berend Engberts, Voorlopige voorzieningen en dwangregeling in het schuldsaneringsrecht, Kluwer 2015, p. 227/228.*
- 6 *Zo blijkt uit het in paragraaf 5 besproken arrest van Gerechtshof Den Haag dat de rechtbank wel inhoudelijk vragen stelde over het Wsnp-verzoek maar niet de vraag voorlegde of de schuldenaar dit Wsnp-verzoek wilde handhaven en vervolgens afsluit met de mededeling: ‘Ik doe uitspraak over 2 weken.’ De rechtbank deed op dezelfde dag uitspraak in de Wsnp-zaak en de dwangakkoord-zaak, waarbij het dwangakkoord werd afgewezen en het Wsnp-verzoek werd toegewezen.*
- 7 *Volgens het hof had de rechtbank geen gevolg gegeven aan de koppeling van de twee verzoeken zoals die ten grondslag ligt aan het in par. 2.1 geciteerde art. 3.2.3.6 Procesreglement.*
- 8 *ECLI:NL:HR:2017:1064.*
- 9 *Formeel is sprake van vernietiging. Art. 288 lid 2 sub d Fw speelt dan geen rol als binnen tien jaar toch een wettelijke schuldsanering nodig mocht blijken. De regeling van art 13 Fw zou toegepast kunnen worden voor eventuele handelingen door de ‘tijdelijke’ Wsnp-bewindvoerder verricht.*
- 10 *Een metamorfose van het 287a-verzoek in een 329a-verzoek als gevolg van de ‘tijdelijke’ toepassing van de Wsnp – voor deze variant is wel een wetswijziging voor nodig.*

### 30 - Een conserverende aanslag?

*Theo Pouw*

Mevrouw X exploiteerde samen met haar man een restaurant. De man is in 2009 overleden, waarna X de exploitatie nog drie jaar heeft voortgezet. Uiteindelijk bleek dat niet goed te gaan en er ontstond een problematische schuldensituatie. Eén van de schulden is een vordering van de belastingdienst op de erfgenamen van de man. De vordering heeft betrekking op de bij het overlijden van de man vrijgevalLEN ondernemingswinst. Op verzoek van de erfgenamen heeft de belastingdienst voor deze vordering een zogenoemde conserverende aanslag opgelegd, waarvoor uitstel van betaling is verleend tot 2019.

Mevrouw X is inmiddels toegelaten tot de schuldsaneringsregeling en de rechtbank heeft de bewindvoerder opgedragen om uit te zoeken of vorenbedoelde conserverende aanslag onder de werking van de regeling en dus straks onder de schone lei valt. De bewindvoerder had daar niet direct een antwoord op en legde de vraag voor aan de redactie.

Voor zover de redactie op dit moment heeft kunnen achterhalen is een conserverende aanslag een aanslag in de inkomstenbelasting over inkomen waarover nu nog geen belasting betaald hoeft te worden, maar dat in de toekomst misschien wel moet. In de terminologie van de belastingdienst gaat het dan om 'te conserveren inkomen', waarover een conserverende aanslag wordt opgelegd. Een dergelijke aanslag geldt in beginsel voor tien jaar en zolang de belastingplichtige binnen de Europese Unie verblijft, wordt uitstel van betaling automatisch en zonder voorwaarden verleend. Wanneer de belastingschuldige binnen die termijn iets doet wat niet mag volgens de Nederlandse belastingregels, dan moet de conserverende aanslag direct betaald worden.

Met deze bijzondere aanslag wordt voorkomen dat mensen, nadat zij naar het buitenland zijn geëmigreerd, hun in Nederland opgebouwde pensioen of lijfrente, waarvoor zij belastingaftrek hebben genoten, belastingvrij afkopen in het buitenland. Via de conserverende aanslag behoudt de belastingdienst de fiscale claim op deze inkomensbestanddelen. Wanneer men zich houdt aan bepaalde voorwaarden, waaronder het niet afkopen van de betreffende voorziening, worden deze aanslagen na tien jaar kwijtgescholden.

Ook in verband met de erfbelasting wordt gebruik gemaakt van de conserverende aanslag. Wanneer de langstlevende (echtgenoot, geregistreerd partner of samenwoner) de woning van een overledene krijgt, dan krijgen de kinderen voor dat deel van de erfenis een vordering op de langstlevende en als de kinderen als gevolg daarvan de erfbelasting niet kunnen betalen, komt die voor rekening van de langstlevende. Er wordt een aanslag opgelegd, maar er wordt uitstel van betaling verleend als aan de volgende drie voorwaarden wordt voldaan:

- de erfenis bestaat hoofdzakelijk uit de woning;
- de aanslag erfbelasting kan niet worden betaald uit de rest van de erfenis;
- de langstlevende kan de erfbelasting niet betalen.

Ook deze aan een langstlevende opgelegde aanslag is een conserverende aanslag. Van kwijtschelding is hier geen sprake. Op het internet geeft de belastingdienst een 'Aanvullende toelichting Te conserveren inkomen', te raadplegen onder exact deze titel. Behalve bij emigratie, immigratie en werken in het buitenland, worden ook bepaalde situaties in Nederland omschreven, waarin sprake kan zijn van te conserveren inkomen. Voor de situaties in Nederland omschrijft deze aanvullende toelichting het aldus:

*U hebt te conserveren inkomen als:*

- *u uw onderneming hebt gestaakt en u verzoekt om een bepaald deel van de daarbij behaalde stakingswinst te behandelen als te conserveren inkomen*
- *degene voor wie u aangifte doet is overleden en daardoor stakingswinst had*

Dat laatste is waarschijnlijk precies waar het in de onderhavige casus om gaat. Door het overlijden van de man kan een met belastingaftrek getroffen voorziening - i.c. waarschijnlijk een pensioen- of lijfrentevoorziening voor de man - niet meer worden gebruikt voor het doel waarvoor zij oorspronkelijk werd gevormd. Daardoor valt winst vrij, die dan ten gunste van het resultaat moet worden gebracht, waarna daarover alsnog belasting moet worden betaald. De erfgenamen hebben aangifte gedaan van de vrijgevallede winst en de belastingdienst verzocht terzake een conserverende aanslag op te leggen, waarschijnlijk omdat dan automatisch voor tien jaar uitstel van betaling werd verleend. Na afloop van die termijn echter moet de conserverende aanslag wel degelijk betaald worden.

Wat daar verder ook van zij, in de jurisprudentie is algemeen aanvaard dat een belasting-schuld als de inkomstenbelasting ontstaat wanneer het feit waaraan de heffing is verbonden zich heeft voorgedaan (zie bijv. ECLI:HR:PHR:2014:34, gevolgd door de Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2014:630). Dat feit is in dit geval het overlijden van de man. Op dat moment is de belastingschuld ontstaan en de conserverende aanslag is niets anders dan een formalisering van de fiscale aanspraak.

Nu dat feit zich ruim vóór toelating van mevrouw X tot de schuldsaneringsregeling heeft voorgedaan, valt deze belastingschuld naar mijn mening zonder meer onder de werking van de schuldsaneringsregeling (art. 299 lid 1 Fw). Dat tien jaar uitstel is verleend voor de betaling van de aan-

slag doet daar niet aan af. Na afloop van de uitstelperiode immers móét de aanslag worden betaald.

Mocht van de belastingdienst in afwijkende zin worden vernomen - de kwestie ligt daar op tafel - dan kom ik daar in het volgende nummer op terug.



## 31 - Nieuws in het kort

### **Aanvullende verzekering los van de basisverzekering mogelijk**

Diverse zorgverzekeraars bieden de mogelijkheid aan om een aanvullende verzekering los van de basisverzekering af te sluiten. Dat is ook mogelijk indien sprake is van een betalingsachterstand in de te betalen premies voor de basisverzekering. Vaak worden er wel extra premiekosten gerekend. Een dergelijke aanvraag dient, hoge uitzondering daar gelaten, voor het einde van het jaar, dus voor 1 januari, gedaan te worden. Bij problemen kan de schuldenaar/bewindvoerder zich ook wenden tot de Zorgverzekeringslijn ([www.zorgverzekeringslijn.nl](http://www.zorgverzekeringslijn.nl)). Dit is een initiatief van het Ministerie van VWS en onderdeel van de Stichting Klachten en Geschillen Zorgverzekeringen. De Zorgverzekeringslijn geeft advies over het oplossen van zorgverzekeringschulden en het afsluiten van een zorgverzekering.

Zie voor meer informatie ook : <https://weblog.independer.nl/zorgverzekeringen/bij-welke-zorgverzekeraars-losse-aanvullende-verzekering-afsluiten-2015/>

Zie voor meer informatie over het afsluiten van een losse tandartsverzekering:  
<https://www.tandartsverzekering.nl/losse-tandartsverzekering.html>

## 32 - Actuele rechtspraak kort

*Publicaties tot en met 2 oktober 2017*

### 1. Rb. Gelderland 14 oktober 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:7171 (art. 316 en 317 Fw)

*Schuldeiser wil dat r-c aan bewindvoerder beveelt om onderzoek te doen naar saniet. Hoger beroep afgewezen.*

Schuldenaar wordt op 14 september 2014 toegelaten tot de schuldsaneringsregeling. Een schuldeiser verzoekt de rechtbank de saneringsregeling tussentijds te beëindigen. De rechtbank wijst dit verzoek af bij beschikking van 8 juni 2016. Hiervan gaat de schuldeiser in hoger beroep. Tevens verzoekt schuldeiser de r-c hem een machtiging te verstrekken om informatie uit de Basis Registratie Personen op te vragen over de woonplaatshistorie van schuldenaar en zijn partner en deze informatie te verstrekken aan de r-c en aan het hof ten behoeve van het dienende hoger beroep, dan wel de bewindvoerder bevel te geven deze informatie op te vragen en aan de r-c en het hof te verstrekken. De r-c wijst dit verzoek af. Tegen de afwijzing gaat schuldeiser binnen de vijf-dagen termijn, dus tijdig, in hoger beroep bij de rechtbank. Schuldeiser stelt dat hij de informatie nodig heeft om aan te tonen dat schuldenaar feitelijk samenwoont terwijl hij doet voorkomen alsof hij alleen woont en dat schuldenaar om zijn schuldeisers te benadelen net voor de toelating tot de schuldsaneringsregeling apart van zijn partner is gaan wonen, wat invloed heeft op de hoogte van de beslagvrije voet. De rechtbank oordeelt dat daarvoor de procedure van art. 317 Fw, waarop schuldeiser zijn verzoek baseert, niet is bedoeld. De procedure van art. 317 Fw is onder meer bedoeld om de daarin genoemden, waaronder de schuldeisers, invloed toe te kennen op het beheer over de schuldsaneringsboedel en om, zo zij menen dat bij dit beheer fouten worden gemaakt, deze te doen herstellen of voorkomen. Hetgeen schuldeiser beoogt, ziet niet op genoemd beheer van de boedel. De rechtbank oordeelt verder dat er onvoldoende gronden zijn de bewindvoerder een aanwijzing te geven, voor zover schuldeiser meent dat de bewindvoerder tekortschiet in haar toezichthoudende taak als bedoeld in art. 316 lid 1 sub a Fw. De bewindvoerder stelt dat uit haar onderzoek niet is gebleken dat er aanwijzingen zijn dat schuldenaar feitelijk samenwoont. Een uittreksel uit de BRP zal niets toevoegen omdat daaruit niet blijkt of iemand feitelijk samenwoont. Hoger beroep wordt ongegrond verklaard.

### 2. Hof Amsterdam 18 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1300 (art. 358a lid 1 Fw)

*Schuldsanering beëindigd maar schone lei ontnomen vanwege terugvordering bijstandsuitkering.*

Rb. Amsterdam heeft aan appellante op 24 februari 2016 de schone lei verleend. Bij beschikking van 5 juli 2016 heeft de gemeente Amsterdam in totaal ruim € 84.000 teruggevorderd van appellante en haar ex-partner vanwege teveel verstrekte bijstand over de periode 1 januari 2011 tot en met 31 maart 2016. Appellante en ex zijn hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor de terugvordering van de bijstandsuitkering. Naar aanleiding hiervan heeft de bewindvoerder op grond van art. 358a lid 1 Fw verzocht de schone lei in te trekken. De rechtbank heeft het verzoek toegewezen.

Appellante voert in hoger beroep aan dat zij geen wetenschap heeft gehad van het feit dat haar ex een uitkering en huurtoeslag genoot in Frankrijk en dat zij daarvan pas kennis kreeg na de intrekingsbrief van de gemeente. Haar ex ging iedere twee tot drie maanden voor een verblijf van maximaal 25 dagen naar Frankrijk om naar zijn zeggende broer te bezoeken. De ex heeft verklaard dat hij appellante niet op de hoogte heeft gebracht dat hij in Frankrijk geld opnam van zijn Franse bankrekening omdat hij bang was dat zij daarvan melding zou maken bij de gemeente Amsterdam. Appellante voert aan dat zij niet heeft kunnen weten dat haar ex te kwader trouw handelde. Zij meent dat de conclusie dat zij heeft geprobeerd haar schuldeisers te benadelen, niet juist is. Het hof oordeelt dat appellante onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij geen wetenschap had van het feit dat haar ex in Frankrijk inkomsten genoot. Het hof oordeelt dat appellante haar schuldeisers heeft benadeeld omdat de Gemeente Amsterdam deels als concurrent schuldeiser moet worden aangemerkt voor een bedrag van ongeveer € 25.000,-. Appellante had moeten weten dat zij geen recht had op een bijstandsuitkering naar gezinsnorm en dat bij ontdekking een terugvordering zou volgen. Volgens het hof is voldaan aan hetgeen is bepaald in art. 358a lid 1 omdat appellante door haar handelwijze heeft getracht haar schuldeisers te benadelen als bedoeld in art. 350 lid 3 sub e Fw.

### **3. Rb. Overijssel 11 juli 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:3390 (art. 287a Fw)**

*Dwangakkoord afwijzing, geen uitzichtloze problematische financiële situatie.*

Verzoekers hebben op 14 april 2017 een Wsnp-verzoekschrift ingediend en daarbij tevens een verzoek gedaan voor een dwangakkoord. Het aangeboden percentage is 42,55%. De totale schuldenlast bedraagt circa € 105.566,59 verdeeld over zeven schuldeisers. De Belastingdienst en de DSB-bank zijn de enige schuldeisers die weigeren. Zij vertegenwoordigen samen 74,03% van de schuldenlast. Verzoekers hebben maandelijks een afloscapaciteit van € 1.487,-. De rechter oordeelt dat gelet op de totale schuldenlast en afloscapaciteit de schuldenlast binnen afgerond 71 maanden kan zijn voldaan. De rechtbank oordeelt dat geen sprake is van uitzichtloze problematische financiële situatie. Het verzoek om een dwangakkoord wordt afgewezen.

### **4. Rb. Den Haag 18 juli 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:8101 (art. 349a Fw)**

*Geen vrijstelling van de sollicitatieplicht met terugwerkende kracht aannemen.*

Op 26 juni 2014 wordt schuldenaar toegelaten tot de schuldsaneringsregeling. De bewindvoerder heeft op grond van art. 351a Fw schriftelijk verslag uitgebracht. Op 16 juni 2017 heeft de bewindvoerder de rechtbank geïnformeerd over de laatste stand van zaken. De termijn als bedoeld in art. 349a Fw is op 26 juni 2017 verstreken. Op 4 juli 2017 heeft de eindzitting als bedoeld in art. 352 Fw plaatsgevonden. De r-c heeft schuldenaar bij opeenvolgende beslissingen op basis van medische rapporten vrijgesteld van de sollicitatieverplichting over de periode 16 april 2015 tot en met 3 november 2017. Vanaf 26 juni 2014 (toelating Wsnp) tot 16 april 2015 is schuldenaar dus niet vrijgesteld. Niet weersproken is dat hij in die periode niet heeft gewerkt of gesolliciteerd en dus tekort is geschoten in de nakoming van de sollicitatieverplichting. De bewindvoerder voert aan dat

op grond van de verstrekte rapporten zeer aannemelijk is dat de schuldenaar in de periode vanaf 26 juni 2014 tot 16 april 2015 ook al volledig arbeidsongeschikt was. Als er eerder een medisch rapport was overgelegd, zou de r-c hem dus weer waarschijnlijk ook hebben vrijgesteld, aldus de bewindvoerder. De rechtbank oordeelt dat de procedure van een verzoek tot vrijstelling door de r-c zich niet achteraf laat vervangen door een inschatting. Het gesloten stelsel van rechtsmiddelen verzet zich tegen een integrale herbeoordeling van de sollicitatieplicht. De rechtbank verlengt de schuldsaneringstermijn met negen maanden.

#### **5. Rb. Rotterdam 24 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6153 (art. Fw)**

*Afwijzing dwangakkoord tegen schuldeiser met vordering tot schadevergoeding die verband houdt met een misdrijf.*

Verzoeker heeft 14 concurrente schuldeisers en een schuldenlast van, in totaal, € 19.311,64. Verzoeker biedt een regeling aan met betaling van 8,07% (prognose) tegen finale kwijting. 13 schuldeisers stemmen in. De vordering van de dwarsligger, overeenkomend met 34% van de totale schuldenlast, betreft een civiele vordering tot schadevergoeding verband houdend met een misdrijf waarvoor verzoeker strafrechtelijk is veroordeeld. De rechtbank wijst het dwangakkoord af nu deze vordering een strafrechtelijk gerelateerde schuld betreft die op grond van art. 358 lid 4 Fw. niet onder de schone lei valt. Bij weigering van een dwangakkoord blijft deze vordering volledig opeisbaar, ook in geval verzoeker in aanmerking zou komen voor de schuldsaneringsregeling, zo overweegt de rechtbank.

#### **6. Hof Den Haag 5 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2562 (art. 285 Fw)**

*Door appellanten is in hoger beroep alsnog een correcte verklaring als bedoeld in art. 285 lid 1, onder f, Fw overgelegd. Het hof acht appellanten dan ook ontvankelijk in hun verzoek tot toelating tot de schuldsaneringsregeling.*

De rechtbank wees het Wsnp-verzoek af wegens het ontbreken van een (correcte) 285-verklaring, nu de verklaring is afgegeven door Westerbeek C.O.D. B.V. van wie niet is gebleken dat zij een rechtspersoon is aan wie de bevoegdheid daartoe gegeven is of kon worden gemandateerd en ook niet een persoon is als bedoeld in art. 48 lid 1 onder c Wck. De advocaat van verzoekers, een bevoegd persoon in de zin van art. 48 Wck, heeft hangende het hoger beroep alle schuldeisers (opnieuw) aangeschreven met een hernieuwd voorstel tot een schuldeisersakkoord. Van de zes schuldeisers hebben twee schuldeisers ingestemd met het akkoord, twee schuldeisers hebben het akkoord afgewezen en twee schuldeisers hebben niet gereageerd. Derhalve is geen schuldeisersakkoord tot stand gekomen. Daarop heeft de advocaat de 285 Fw-verklaring opgesteld en afgegeven. Het hof oordeelt dat appellanten aldus in hoger beroep alsnog een correcte 285-verklaring hebben overgelegd. Het hof acht appellanten dan ook ontvankelijk in hun verzoek tot toelating tot de schuldsaneringsregeling (en wijst het Wsnp-verzoek alsnog toe).

### 7. Hof Arnhem-Leeuwarden 5 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:7762

*Vordering ex-sanieten tegen WSNP-bewindvoerder (i.v.m. doorhalen conservatoir beslag en beëindiging levensverzekering) afgewezen. Aansprakelijkheid bewindvoerder getoetst aan de Maclou-norm.*

Op 1 maart 2005 is de wettelijke schuldsaneringsregeling van toepassing verklaard ten aanzien van appellanten (twee ex-sanieten). Bij arrest van 23 juli 2007 heeft gerechtshof Arnhem de regeling beëindigd daar schuldenaren in staat waren hun betalingen te hervatten (art. 350 lid 3 onder b). Een van de schuldeisers had in 2013 conservatoir beslag gelegd op de woning van appellanten. In november 2005 is namens de Wsnp-bewindvoerder een brief aan het kadaster geschreven met het verzoek alle beslagen gelegd op het woonhuis van appellanten te verwijderen [kennelijk heeft de doorhaling niet plaatsgevonden en was ook geen verklaring van de r-c als bedoeld in art. 301 lid 3 Fw. afgegeven, *red.*]. Op 12 maart 2007 schreef Nationale Nederlanden aan appellanten dat een kapitaalverzekering op 1 april 2007 de einddatum bereikt en een bedrag van ruim € 125.000 beschikbaar komt. Bij de beoordeling van de aansprakelijkheid bevestigt het hof de toepasselijkheid van de Maclou-norm: Heeft de bewindvoerder gehandeld zoals van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende bewindvoerder die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht in de gegeven omstandigheden mag worden verwacht (ECLI:NL:HR:1996:ZC2047; ECLI:NL:HR:2011:BU4204). (A) Het hof oordeelt als volgt over de stelling dat de bewindvoerder aansprakelijk is wegens het feit dat het beslag niet is doorgehaald. De bewindvoerder heeft onverplicht, op verzoek van appellanten (ex-sanieten), het kadaster verzocht tot doorhaling over te gaan. Daarbij waren de persoonlijke belangen van appellanten gemoeid, en niet zozeer de met het beheer en de vereffening van de boedel gemoeide belangen. Het lag dan ook veeleer op de weg van appellanten om zelf, al dan niet via de bewindvoerder, te controleren of aan het verzoek ook daadwerkelijk door het kadaster uitvoering was gegeven. Op de bewindvoerder rustte in het kader van zijn taak als bewindvoerder niet een dusdanige plicht om uit zichzelf te bewaken dat het kadaster aan het verzoek uitvoering zou geven, dat het nalaten daarvan, met inachtneming van de tot terughoudendheid nopende maatstaf, tot de conclusie kan leiden dat de bewindvoerder niet heeft gehandeld zoals van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende bewindvoerder die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht in de gegeven omstandigheden mag worden verwacht. (B) Ten aanzien van de kapitaalverzekering oordeelt het hof: Uit de brief van Nationale Nederlanden blijkt dat de duur van de verzekering ten einde kwam en dat om die reden het opgebouwde kapitaal tot uitkering kwam. Van een afkoop van de verzekering door de bewindvoerder, en toepasselijkheid van art. 22a Fw, is dus geen sprake geweest. De bewindvoerder heeft ook op dit punt niet in strijd met de Maclou-norm gehandeld.

### 8. Hof Amsterdam 5 september 2017, nog niet gepubliceerd, zaaknummer 200.2018.534/01

*Tussentijdse beëindiging sanering wegens verzwegen ondernemingsactiviteiten.*

Na onderzoek is de bewindvoerder gebleken dat [Onderneming X] (ex-)ondernemers de mogelijkheid biedt om een onderneming te starten of te blijven voortzetten als er sprake is van schuldenproblematiek of een (toekomstige) schuldsanering. Volgens de bewindvoerder heeft de saniet

met behulp van [Onderneming X] willens en wetens zijn ondernemingsactiviteiten voortgezet terwijl hij wist dat het voeren van een bedrijf in de schuldsaneringsregeling op deze wijze in ieder geval niet is toegestaan. Het hof overweegt dat de saniet enkele maanden vóór de toepassing van de schuldsaneringsregeling en één maand vóór de uitschrijving van zijn eenmanszaak een B.V., waarvan saniet bestuurder is, heeft ingeschreven in het handelsregister. De saniet heeft de bewindvoerder niet geïnformeerd. Het hof concludeert dat de B.V. is opgericht ten einde de schuldenaar in de gelegenheid te stellen zijn ondernemingsactiviteiten voort te kunnen zetten, zonder de bewindvoerder te willen informeren – ook de omstandigheid dat de B.V. exact dezelfde activiteiten ontplooit als voorheen de eenmanszaak wijzen in die richting, aldus het hof. Bovendien heeft de schuldenaar een nieuwe bovenmatige schuld laten ontstaan aan UWV. Het hof beëindigt alsnog de schuldsaneringsregeling.

### 9. Hof Arnhem Leeuwarden 7 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:7856

*Verzoek schuldeiser tot ontbinding van een gehomologeerd akkoord afgewezen, nu schuldenaren niet in gebreke zijn in de nakoming.*

Tijdens de wettelijke schuldsanering bieden de schuldenaren hun schuldeisers een akkoord aan. Het voorstel bevat onder meer de volgende tekst:

*‘Artikel 2: Het afgescheiden vermogen*

*De schuldenaar stelt de goederen, voor zover die krachtens artikel 295 faillissementswet thans behoren tot de schuldsaneringsboedel, alsmede:*

- a. een extra bedrag van € 17.000,00 ter beschikking gesteld door derden;*
- b. eventuele inkomstenbelastingrestituties over de jaren 2016 tot en met 2017, voor zover deze betrekking hebben op verrekenbare fiscale verliezen ontstaan voor homologatie van dit akkoord en niet door de Belastingdienst worden verrekend met schulden die vallen onder de werking van de schuldsaneringsregeling alsmede fiscale restituties die betrekking hebben op het verliezen van de aanmerkelijk belangstatus (box 2) die ontstaan tijdens of vooraf aan de wettelijke schuldsaneringsregeling, dit ongeacht het moment waarop de belastingrestitutie ontstaat, ter algehele en volledige beschikking van zijn gezamenlijke schuldeisers — voor wie de onderhavige schuldsanering werkt —, teneinde onder hen te verdelen naar evenredigheid van ieders vordering met dien verstande dat preferente schuldeisers op hun vordering een twee keer zo hoog percentage ontvangen als de concurrente schuldeisers, tot maximaal het beloop van hun vordering.’*

Een van de schuldeisers verzoekt ontbinding van het gehomologeerde akkoord. Zij voert daartoe o.a. aan dat de schuldenaren een achterstand in de afdracht aan de schuldsaneringsboedel laten ontstaan, welke achterstand tot het in het kader van de vereffening van het akkoord uit te delen vermogen behoort en tot uitkering had moeten komen. Rechtbank Noord-Nederland wees het ontbindingsverzoek af, o.a. overwegend: *‘De juistheid van het ten tijde van de homologatie aanwezige boedelsaldo en de constatering dat er sprake was van een achterstand in de boedelafdracht die in de hoogte van de akkoordsom is meegenomen is reeds aan rechterlijke toetsing onderworpen. Het stelsel van gesloten rechtsmiddelen staat eraan in de weg dat, anders dan de mogelijkheid van hoger beroep van artikel*

339 jo. 154 Fw, dit opnieuw aan een rechterlijke beoordeling wordt onderworpen. De stelling van Obvion dat door verweerders ten tijde van de schuldsanering te weinig is afgedragen aan de boedel en de boedel ex 295 Fw ongeveer € 20.000,00 meer zou moeten bevatten kan in onderhavige procedure dan ook niet meer aan de orde zijn. Dit had zij in de homologatieprocedure aan de orde dienen te stellen.' Het hof bekrachtigt de uitspraak op basis van de volgende overwegingen: 'Het hof dient bij de uitleg van dit akkoord, op grond van de Harviltex-formule (HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158), niet alleen naar de taalkundige betekenis van de tekst te kijken, maar ook naar de vraag wat partijen over en weer op grond van alle omstandigheden van het geval redelijkerwijs mochten verwachten omtrent de inhoud van het akkoord. Het hof kent in dat verband met name betekenis toe aan de zin (onderstreping door het hof): "(...) de goederen, voor zover die krachtens artikel 295 faillissementswet thans behoren tot de schuldsaneringsboedel, alsmede (...)". Het hof oordeelt dat deze zinsnede gelezen moet worden in samenhang met het tussentijds financieel verslag, de berekening van de akkoordsom, en een genoemd boedelsaldo van € 58.067,39 - uiteindelijk bedroeg het beschikbare saldo € 56.448,26 en dat bedrag is ook uitgekeerd aan de schuldeisers. 'Daarmee staat vast dat ieder van de schuldeisers datgene heeft ontvangen wat hij op basis van het aangeboden akkoord kon en mocht verwachten. Weliswaar is het uiteindelijke saldo iets lager geweest [...] maar dat is niet het gevolg van het niet voldoen aan de afdrachtverplichting door de schuldenaren.'

#### **10. Rb. Den Haag 12 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10367 (art. 288 Fw)**

*Afwijzing Wsnp-verzoek. Schulden aan Stichting Waarborgfonds Eigen Woning niet toegelicht – rechtbank kan niet van goede trouw uitgaan.*

Schuldenaar heeft een schuld van € 347.337,28 aan Kijkshop B.V. De rechtbank oordeelt dat deze schuld onmiskenbaar een fraudeschuld is die niet te goeder trouw is ontstaan. Deze schuld is echter ontstaan buiten de vijfjaarstermijn zoals bedoeld in art. 288 lid 1, aanhef en onder b Fw. en hoeft daarom op zichzelf niet aan toelating tot de schuldsaneringsregeling in de weg te staan. Voorts heeft schuldenaar een klaarblijkelijke restschuld van € 23.577,83 aan Quion, welke schuld is ontstaan na verkoop van de woning van schuldenaar in 2015. Ter zitting laat schuldenaar weten dat er ook nog een schuld is aan de Nationale Hypotheek Garantie (NHG). Schuldenaar is in de gelegenheid gesteld om de rechtbank te berichten of dit inderdaad zo is en toe te lichten waarom dit bedrag van hem wordt gevorderd. De rechtbank heeft vervolgens stukken ontvangen waaruit blijkt dat Stichting Waarborgfonds Eigen Woning (NHG) een vordering van tenminste € 20.864,37 op schuldenaar heeft. Of dit ziet op dezelfde vordering als die van Quion is niet duidelijk. Schuldenaar heeft de schuld aan Stichting Waarborgfonds Eigen Woning niet toegelicht. Er van uitgaande dat een NHG de kwietschelding van een restschuld mogelijk maakt indien men ten aanzien van het niet kunnen betalen van een hypotheeklening te goeder trouw is geweest en men volledig heeft meegewerkt om tot een zo goed mogelijke terugbetaling van de hypotheeklening te komen, kan de rechtbank er niet zomaar van uitgaan dat verzoeker ten aanzien van het ontstaan van deze schuld te goeder trouw is geweest. Het is aan schuldenaar om aannemelijk te maken dat hij te goeder trouw is geweest – de rechtbank wijst het verzoek af.

### **11. HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2384**

*Geen mogelijkheid van hoger beroep tegen oproeping voor verhoor door de rechter-commissaris.*

Op 14 juni 2016 is verzoekster toegelaten tot de wettelijke schuldsaneringsregeling. Verzoekster is opgeroepen om voor de rechter-commissaris te verschijnen, teneinde te worden gehoord ex art. 327 juncto 105 Fw. Daarbij is medegedeeld dat verzoekster verplicht is in persoon te verschijnen en alle inlichtingen te verschaffen. Namens verzoekster is hoger beroep ingesteld (ex art. 315 Fw) tegen de oproepingsbrief die verzoekster als een voor hoger beroep vatbare beschikking aanmerkt. Het hoger beroep is behandeld ter zitting van de rechtbank; verzoekster is niet verschenen. Rechtbank Oost-Brabant verklaarde verzoekster niet-ontvankelijk in haar hoger beroep omdat geen sprake is van een beschikking van de r-c waartegen hoger beroep openstaat. De rechtbank verwees daarbij naar een uitspraak van de Hoge Raad d.d. 6 oktober 2006 (ECLI:NL:HR:2006:AX8295) waarin de HR overwoog dat alle beslissingen die de rechter-commissaris neemt in het kader van de uitoefening van zijn in art. 66 Fw gegeven bevoegdheden voor de toepassing van art. 67 Fw dienen te worden aangemerkt als beschikkingen, met uitzondering echter van maatregelen die enkel worden opgenomen ter verzekering van de geregelde loop van het getuigenverhoor, zoals dagbepalingen, oproepingen en maatregelen ter bevordering van een ordelijk verloop van het verhoor. Onder verwijzing naar o.a. HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG3828 en HR 26 juni 2009, NJ 2011/211 concludeerde de Procureur-Generaal bij de HR tot verwerping van het cassatieberoep van verzoekster en de HR volgt die conclusie in een verkort 81 lid 1 RO-arrest.

### **12. Hof Arnhem Leeuwarden 21 september 2017, nog niet gepubliceerd, zaaknr 200.218.796 (art. 284/349a Fw)**

*Pilotenfinanciering. Rb. stelt termijn op 5 jaar, hof op 3 jaar.*

Verzoeker heeft een schuldenlast van ruim € 173.000,- waarvan € 170.216,27 gevormd wordt door een zogenaamde pilotenfinanciering. Verzoeker is een lening aangegaan ter bekostiging van zijn opleiding tot verkeersvlieger. Door persoonlijke omstandigheden, met name het verlies van zijn oma die als een tweede moeder voor hem was, heeft hij zijn opleiding niet op tijd af kunnen ronden. De bank wilde niet aanvullend financieren. Verzoeker ontvangt inkomen uit arbeid. Hij woont in bij zijn ouders, aan wie hij kostgeld betaalt. De rechtbank heeft tijdens de behandeling van het schuldsaneringsverzoek aangegeven aanleiding te zien om bij toelating tot de schuldsaneringsregeling – gelet op de aard van de schulden, de bij het aangaan van de schulden voorziene afbetalingshorizon en de huidige persoonlijke en inkomensomstandigheden van verzoeker – de termijn van die regeling op vijf jaren te bepalen. Daarop heeft verzoeker tegenover de rechtbank verklaard niet positief te staan tegenover een termijn van vijf jaar en dat hij niet kan zeggen of het goed zal gaan in de regeling bij een looptijd van vijf jaar. De rechtbank heeft het Wsnp-verzoek vervolgens afgewezen omdat verzoeker onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat hij de uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen naar behoren zal nakomen en zich zal inspannen zoveel mogelijk baten voor de boedel te verwerven. Verzoeker stelt hoger beroep in. Het hof is van oordeel dat verzoeker voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat hij te goeder trouw is



ten aanzien van het ontstaan en het onbetaald laten van genoemde schuld en voldoende aannemelijk dat verzoeker zich zal blijven inspannen om zoveel mogelijk inkomen uit arbeid te verwerven voor de schuldeisers. Het hof laat verzoeker toe tot de saneringsregeling en ziet geen aanleiding om op voorhand te bepalen dat de looptijd van de schuldsaneringsregeling op vijf jaar moet worden gesteld in plaats van de gebruikelijke drie jaar. De afbetalingshorizon was bij het aangaan van de lening gekoppeld aan het door verzoeker in redelijkheid te verwachten pilotensalaris. Die horizon is door de reeds genoemde persoonlijke omstandigheden van verzoeker veel verder weg komen te liggen, nu de schuld immers moet worden afbetaald met een beduidend lager inkomen dan verwacht. De verdien capaciteit van verzoeker is, mede gelet op zijn huidige inkomenspositie, ook niet dusdanig dat van hem nog een extra inspanning mag worden verwacht.

### 13. Hof Den Bosch 21 september 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4100

Appellant-verzoeker diende bij de rechtbank een verzoek dwangakkoord en een subsidiair Wsnp-verzoek in. De rechtbank wees bij vonnis van 7 juli 2017 het dwangakkoord af en stelde verzoeker tot 1 september 2017 in de gelegenheid om aan te geven of hij zijn Wsnp-verzoek wilde handhaven. Voordat verzoeker deze vraag had beantwoord, stelde hij hoger beroep in tegen de afwijzing van het dwangakkoord terwijl de rechtbank nog niet op het Wsnp-verzoek had beslist. Onder verwijzing naar de regeling in art. 292 Fw en HR 14 december 2012 (ECLI:NL:HR:2012:BY0966) verklaarde het hof appellant niet ontvankelijk in zijn beroep.

*[Zie over dit arrest en de procesrechtelijke appelperikelen bij samenloop van een verzoek dwangakkoord en een Wsnp-verzoek de bijdrage van Arnoud Noordam elders in dit WP-nummer.]*

### 14. Rb. Rotterdam 26 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7419 (art. 287a Fw)

*Verzoek dwangakkoord ex art. 287a Fw toegewezen, ondanks dat verzoeker maar één schuldeiser heeft.* Verzoeker heeft één schuld, de Rabobank, ter hoogte van € 312.668,19. Verzoeker heeft op 16 mei 2017 een schuldregeling aangeboden aan Rabobank die een betaling van 25,58% inhoudt, tegen finale kwijting. Rabobank stemt niet in met het aanbod. Ten eerste stelt de Rabobank dat verzoeker niet ontvankelijk is omdat art. 287a Fw niet kan worden toegepast in een situatie dat sprake is van slechts één schuldeiser. Daarnaast voert de bank aan dat zij alleen kan instemmen met een regeling als die inhoudt dat er een algehele afwikkeling c.q. beëindiging van de bancaire relatie plaatsvindt. Verzoeker heeft, samen met zijn echtgenote, een hypothecaire lening bij de Rabobank voor een woning die thans ‘onder water’ staat en die niet in het voorstel is betrokken. Conform het beleid van de Rabobank moet die lening ook worden afgewikkeld. Rabobank meent voorts dat verzoeker, gelet op zijn huidige financiële situatie, in staat moet worden geacht jaarlijks € 30.000,- af te lossen op de schuld. Verzoeker kan dan in zo’n tien jaar de totale schuld terugbetalen nu Rabobank bereid is de rente te bevriezen. In dat geval kan de verzoeker in de woning blijven wonen en hoeft de hypothecaire lening niet te worden afgewikkeld. De rechtbank oordeelt, verwijzend naar het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 9 maart 2017 (ECLI:GHARL:2017:2007) waarin wordt verwezen naar de wetgeschiedenis om uiteindelijk tot het oordeel te komen dat pluraliteit

niet noodzakelijk is voor het kunnen toepassen van art. 287a Fw. Verzoeker is dus ontvankelijk in zijn verzoek. De rechtbank oordeelt voorts dat de Rabobank gedwongen kan worden om in te stemmen met het akkoord. Verzoeker was DGA van een onderneming die is gefailleerd. Die onderneming had een schuld aan de Rabobank. Als DGA had verzoeker zich persoonlijk borg gesteld voor de schuld van de onderneming aan Rabobank. Het faillissement van de onderneming is inmiddels afgewikkeld en er is geen sprake geweest van bestuurdersaansprakelijkheid. Uitsluitend de borgstelling is de reden voor de enorme schuldenlast aan Rabobank. Het staat vast dat verzoeker en zijn echtgenote altijd ervoor hebben gezorgd dat de hypotheekverplichtingen zijn nagekomen. Beëindiging van de lening lijkt ook niet in het belang van de bank te zijn gelet op het feit dat de woning onder water staat. Het tegenvoorstel dat verzoeker tien jaar maandelijks € 2.500 ter aflossing aan de Rabobank lijkt niet zonder meer reëel: verzoeker is inmiddels ruim 58 jaar en hij heeft onweersproken aangevoerd dat sprake is van een gat in zijn pensioenbouw. Ook voor het overige oordeelt de rechtbank dat het akkoord voldoet aan de voorwaarden zodat de Rabobank gedwongen wordt om in te stemmen met het akkoord.

# Wilt u een advertentie plaatsen in **Wsnp-Periodiek**?

U bereikt hiermee niet alleen vele Wsnp-bewindvoerders en curatoren maar ook veel uitvoerende instanties in en rond het wettelijk schuldsaneringstraject (Wsnp) alsmede alle overheidsinstanties die zich met de uitvoering van de Wsnp bezig houden.

Wij hanteren onderstaande tarieven.

Halve pagina in kleur € 400,00 excl. BTW

Hele pagina in kleur € 700,00 excl. BTW

## **Geïnteresseerd?**

Mail uw wensen naar [redactie@wsnp-periodiek.nl](mailto:redactie@wsnp-periodiek.nl) en wij nemen per omgaande contact met u op!



**WSNP** *Periodiek*  
Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen

## Contact

### Redactie:

redactie@wsnp-periodiek.nl

### Abonnementen:

abonnee@wsnp-periodiek.nl

### Website:

www.wsnp-periodiek.nl

### Twitter:

@WsnpPeriodiek

### Postadres:

Wsnp Periodiek

Postbus 5018

5800 GA Venray

### Verschijning:

4x per jaar

### Uitgave van:

Stichting Kennisoverdracht Wsnp  
gevestigd te Amsterdam  
Handelsregisternr. 34390126

### Redactie:

Mr. dr. B.J. Engberts, raadsheer  
Mr. dr. A.J. Noordam, advocaat  
Mr. M. van Bommel, advocaat  
Dhr. G. Benedictus, bewindvoerder  
Mr. Th. A. Pouw, docent handels- en  
ondernemingsrecht

### Redactiemedewerker:

Mw. J. Vlemmings

### Adviseurs:

Prof. mr. B. Wessels  
Dhr. A. van Eijnsden

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteurs, redactieleden en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden. Alle rechten voorbehouden. © Stichting Kennisoverdracht Wsnp.

Abonnementsprijs € 60,- per jaar, incl. BTW (*prijspeil 2017*),  
€ 70,- per jaar, incl. BTW (*prijspeil 2018*).

Abonnementen worden aangegaan voor de periode van minimaal één jaar. Het abonnement kan alleen schriftelijk (of per e-mail) bij het redactiesecretariaat worden opgezegd tegen het einde van het kalenderjaar met inachtneming van een opzeggingstermijn van minimaal twee maanden (dus uiterlijk 31 oktober).

Abonneegegevens worden door de uitgever niet aan derden verstrekt.

Vormgeving: vandervliet design

Druk: JP Offset, Duiven

© Auteursrechten voorbehouden.