

Inhoud

- 09** **Van de redactie**
- 10** **Devolutieve werking en grievenstelsel in hoger beroep in wettelijke schuldsaneringszaken**
Pieter Frans Lock
- 11** **Buitengerechtelijke schuldregeling in geval van verzoek omzetting op grond van artikel 15b Fw?**
Matthieu Verhoeven, Christiane Koppelman
- 12** **Een nieuwe dwangcrediteur?**
Wim Klein Meuleman, Hans Lagendaal
- 13** **Toch verlenging van de schuldsaneringsregeling na afloop van de termijn van artikel 349a Fw! (II)**
Theo Pourw
- 14** **Afkoop van een levensverzekering in faillissement en schuldsanering in de jurisprudentie (II)**
Berend Engberts
- 15** **Nieuws in het kort**
- 16** **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

Kijk voor meer informatie op onze site: 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 geadverteerd 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, 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. Na toezending van Uw kopij, naar redactie@wsnp-periodiek.nl, zal één van de redactieleden contact met U opnemen. Artikelen dienen in beginsel maximaal 2500 woorden te omvatten.

09 - Van de redactie

Geachte lezer,

De redactie is verheugd u te kunnen melden dat zij een nieuwe redactiemedewerker heeft gevonden: Mevrouw Jenny Vlemmings. Jenny studeert rechten aan de *Universiteit Maastricht* en werkt bij *Bewindvoerderskantoor Van den Berg* te Venray. Wanneer u vragen heeft over uw abonnement of bijdragen aan *Wsnp Periodiek* dan kunt u haar bereiken via redactie@wsnp-periodiek.nl.

In dit tweede *WP*-nummer van 2015 schrijft Pieter Frans Lock over *Wsnp*-hoger beroepszaken. Zijn bijdrage spitst zich toe op het hoger beroep tegen beslissingen van de rechtbank waarbij een toelatingsverzoek is afgewezen en hoger beroep tegen beslissingen over (tussentijdse) beëindiging van de sanering. De auteur schrijft over de zogenoemde devolutieve werking van het hoger beroep en het 'grievensstelsel'. Geen eenvoudige kost maar voor de rechtspraak onontbeerlijke kennis. De redactie dankt de auteur voor zijn heldere uiteenzetting.

Matthieu Verhoeven en Christiane Koppelman schrijven over het arrest van 13 maart 2015, ECLI:HR:2015:589 waarin de HR prejudiciële vragen beantwoordt over de omzetting van een faillissement in de toepassing van de schuldsaneringsregeling. Hof Arnhem-Leeuwarden vroeg aan de HR of voorafgaand aan een omzettingsverzoek een buitengerechterlijke schuldregeling (een minnelijk traject) moet worden beproefd en of voor omzetting ook een zogenoemde 285-verklaring is vereist. De auteurs concluderen dat een verklaring van de curator, dat hem gebleken is dat een akkoord niet tot de mogelijkheden behoort, volstaat. De redactie dankt de auteurs voor hun mooie bijdrage.

Wim Klein Meuleman en Hans Lagendaal vragen aandacht voor *Een nieuwe dwangcrediteur?* Zij beschrijven bondig hoe zij een stokje hebben gestoken voor een poging van een netwerkbeheerder en een deurwaarder

om als een 'dwangcrediteur' afsluitingskosten te incasseren. De redactie dankt de auteurs en houdt zich van harte aanbevolen voor meer berichten uit de praktijk.

Theo Pouw schreef in het *WP*-nummer van februari 2015 over het arrest van 10 oktober 2014 ECLI:NL:HR:2014:2935, waarin de HR antwoord geeft op prejudiciële vragen van Hof's-Hertogenbosch, in zijn bijdrage getiteld: *Toch verlenging van de schuldsaneringsregeling na afloop van de termijn van artikel 349a Fw!* In dat Deel I draaide het om het antwoord van de HR dat verlenging van de toepassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling mogelijk is ná het verstrijken van de termijn van art. 349a Fw. In Deel II, opgenomen in dit *WP*-nummer, bespreekt Pouw de beantwoording van de tweede vraag of de verplichtingen van de schuldenaar ook gelden in de periode gelegen tussen het verstrijken van de termijn en de beslissing van de rechter die termijn te verlengen. *Nee*, antwoordde de HR, die verplichtingen gelden *niet* tijdens die tussenperiode (Pouw spreekt overigens van 'het vacuüm'). Maar de HR voegde daar nog aan toe dat de rechter bij zijn verlengingsbeslissing wél acht moet slaan op hetgeen in die tussenperiode is voorgevallen. In het licht van deze overweging analyseert Pouw wat de betekenis van HR-uitspraak is voor de informatieverplichting, de inspanningsverplichting, de verplichting om geen bovenmatige schulden te laten ontstaan en de afdrachtverplichting tijdens het vacuüm.

Berend Engberts schreef in het *WP*-nummer van november 2014 over de *'Afkoop van een levensverzekering in faillissement en schuldsanering in de jurisprudentie (I)'*. In dit *WP*-nummer is Deel II opgenomen nu met specifieke aandacht voor de *Wsnp*-jurisprudentie over het fiscale afkoopverbod en de vraag of de afkoop onredelijk benadelend is voor de schuldenaar (art. 22a Fw). Een lastig vraagstuk voor o.a. de bewindvoerder maar, gezien de gemoeide bedragen, voor de boedel bepaald niet onbelangrijk.

Dit nummer besluit wederom met de vaste rubrieken *Nieuws in het kort* en *Actuele rechtspraak kort*.

De redactie

10 - Devolutieve werking en grievenstelsel in hoger beroep in wettelijke schuldsaneringszaken

Pieter Frans Lock*

1. Inleiding

“Het middel klaagt dat het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden door een eigen oordeel te geven over de overige schulden van verzoeker, terwijl verzoeker in zijn beroepschrift alleen gegriefd heeft tegen het oordeel van de rechtbank over de schuld aan de curator. Het middel stelt terecht dat het oordeel van het hof over de overige schulden afwijkt van het oordeel van de rechtbank zonder dat tegen dit oordeel van de rechtbank is gegriefd.”
(Conclusie A-G Timmerman, 25 april 2014 ECLI:NL:PHR:2014:523)

Zomaar een passage uit een conclusie van Advocaat-Generaal Timmerman, die onlangs mijn aandacht trok. Het betrof een zaak waarbij een verzoek tot toepassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling door de rechtbank was afgewezen. Een van de schulden betrof een vordering van een curator op de verzoeker wegens bestuurdersaansprakelijkheid. Hangende de procedure bij de rechtbank had de verzoeker de vordering volledig voldaan. De rechtbank achtte deze schuld aan de curator evenwel niet te goeder trouw ontstaan. Door deze schuld te voldoen, zo oordeelde de rechtbank, zijn andere schulden, die wel te goeder trouw zijn ontstaan, onbetaald gebleven. De rechtbank wees daarom op grond van art. 288 lid 1 sub b Fw het verzoek af. Daartegen ging de verzoeker in hoger beroep en hij richtte daarbij zijn pijlen op het oordeel van de rechtbank ten aanzien van de schuld aan de curator. Het hof boog zich evenwel ook over andere schulden van de verzoeker, waarvan de rechtbank had gezegd dat die buiten de

vijfjaarstermijn vielen of te goeder trouw waren ontstaan, en oordeelde dat ten aanzien van die schulden niet aannemelijk is geworden dat die te goeder trouw zijn ontstaan en dat die schulden daarom (ook) aan toewijzing van het verzoek in de weg stonden.

Uit de overweging van Timmerman zou een argeloze lezer kunnen afleiden dat het hof daarmee zijn boekje te buiten is gegaan en bij de beoordeling van het hoger beroep tegen de afwijzing van een schuldsaneringsverzoek gebonden was aan de door de appellant aangevoerde grieven. Maar hoe zit dat eigenlijk? Mag het hof afwijken van een oordeel van de rechtbank over het ingediende verzoek tot toelating tot de schuldsaneringsregeling of over een (tussentijdse) beëindiging daarvan indien tegen dat oordeel geen grieven zijn gericht? Moet het hof de hele zaak opnieuw beoordelen of zijn aan die beoordelingsruimte grenzen?

De conclusie van Timmerman geeft er geen antwoord op; het middel kon bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden. De ontwikkeling van het appelprocesrecht op het gebied van de devolutieve (“afwentelende”) werking en het grievenstelsel heeft met name plaatsgevonden in dagvaardingszaken, maar geldt net zozeer in verzoekschriftprocedures en (dus) ook in insolventieprocedures. Er is over deze materie in schuldsaneringszaken weinig rechtspraak van de Hoge Raad. Veel cassatieberoepen die dit onderwerp raken, smoren in een afdoening volgens artikel 81 RO. Deze bijdrage beoogt in hoofdlijnen wat helderheid te geven over de verhouding tussen schuldsaneringszaken (zoals bedoeld in titel III van de Faillissementswet) en de devolutieve werking van het hoger beroep en het daarin geldende grievenstelsel. In deze bespreking beperk ik mij - om het overzichtelijk te houden - tot het hoger beroep tegen beslissingen ter zake van de afwijzing van verzoeken tot toelating tot de wettelijke schuldsaneringsregeling en tegen beslissingen

ter zake van de (tussentijdse) beëindiging van de wettelijke schuldsaneringsregeling, al dan niet onder verlening van de schone lei.

2. De omvang van het hoger beroep

Op grond van de devolutieve werking van het hoger beroep, wordt in geval van hoger beroep de behandeling van de zaak zoals zij voor de eerste rechter diende in beginsel geheel afgewenteld op de appelrechter om door hem te worden beslist. Het toetsingskader (“de rechtsstrijd”) in hoger beroep is in beginsel hetzelfde als in eerste aanleg. Het uitgangspunt is dat het hoger beroep de hele uitspraak waartegen wordt geappelleerd, omvat. Dat is alleen anders indien het hoger beroep door de appellante uitdrukkelijk wordt beperkt tot enkele beslissingen uit de bestreden uitspraak. Zo’n beperking mag slechts worden aangenomen indien sprake is van een ondubbelzinnige verklaring waaruit blijkt dat voor het overige in de beslissing wordt berust.

Als hoger beroep wordt ingesteld tegen de afwijzing van een schuldsaneringsverzoek, ligt aan de appelrechter dus in beginsel weer de hele zaak voor: hij zal opnieuw het inleidend verzoek tot toelating tot de schuldsaneringsregeling moeten beoordelen. En bij een hoger beroep tegen tussentijdse beëindiging of beëindiging van de regeling al dan niet met het verlenen van de schone lei, geldt hetzelfde. Ook dan zal het hof opnieuw moeten beoordelen of voor een dergelijke (tussentijdse) beëindiging voldoende grond aanwezig is. Met andere woorden: het hof is dan bevoegd en ook gehouden een zelfstandig onderzoek in te stellen naar de feiten en omstandigheden die van belang zijn voor de beantwoording van de vraag of aanleiding bestaat tot een dergelijke (tussentijdse) beëindiging, zonder gebonden te zijn aan de oordelen van de rechtbank dienaangaande (bewoordingen ontleend aan HR 30 september 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT6373). Het

onderzoek geschiedt met inachtneming van alle feiten en omstandigheden, ook die bij de uitspraak in vroegere instantie niet bekend waren of welke eerst daarna zijn opgekomen. Het gaat om een toetsing “ex nunc”.

Uit het in hoger beroep geldende verbod van “reformatio in peius” - het beginsel dat een appellant niet slechter kan worden van zijn eigen hoger beroep - vloeit verder voort dat de omvang van het hoger beroep per definitie is beperkt tot de voor de appellant nadelige beslissingen. Daarbij gaat het om beslissingen “onder de streep”, dus beslissingen in het dictum van de uitspraak waarin op (het petitum van) het verzoek of de voordracht (of eventueel ambtshalve, zie art. 350 lid 1 laatste volzin Fw) wordt beslist. Bij hoger beroep tegen voor de appellant voordelige beslissingen zou hij ook belang missen.

Een dergelijke beperking van de omvang van het hoger beroep zal zich in schuldsaneringszaken niet zo vaak voordoen, omdat de bestreden uitspraak zich doorgaans beperkt tot één beslissing, namelijk afwijzing van het verzoek of (tussentijdse) beëindiging van de regeling (al dan niet onder verlening van de schone lei), maar uitgesloten is het zeker niet. Zo is voorstelbaar dat de eerste rechter een voordracht tot tussentijdse beëindiging niet heeft gevolgd maar in plaats daarvan de duur van de regeling heeft verlengd. Indien tegen de verlenging in hoger beroep wordt opgekomen, staat het de appelrechter, ondanks dat de zaak in beginsel in volle omvang aan hem wordt voorgelegd, niet vrij om alsnog de regeling onmiddellijk te beëindigen. Daarmee zou de saniet immers door zijn hoger beroep in een slechtere positie geraken. Een (zeldzaam) voorbeeld uit de rechtspraak van de Hoge Raad (HR 31 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9099) betreft het volgende geval. De rechtbank heeft geoordeeld dat de saniet de uit de schuldsaneringsregeling

voortvloeiende verplichtingen niet is nagekomen maar heeft, teneinde te voorkomen dat de saniet van rechtswege in staat van faillissement zou komen te verkeren, toch niet de voordracht van de rechter-commissaris tot tussentijdse beëindiging van de toepassing van de schuldsaneringsregeling toegewezen. In plaats daarvan heeft de rechtbank de termijn gedurende welke de schuldsaneringsregeling van kracht is bepaald op een tijdvak dat eindigde op de dag van de uitspraak, en daarbij vastgesteld dat verzoeker in de nakoming van een of meer uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen is tekortgeschoten (en daarmee hem dus de schone lei onthouden). Als de saniet dan in hoger beroep komt en grieven richt tegen het oordeel van de rechtbank dat hij in zijn verplichtingen is tekortgeschoten, mag het hof niet het vonnis van de rechtbank vernietigen op de grond dat de rechtbank de voordracht van de rechter-commissaris tot tussentijdse beëindiging had moeten honoreren, hoe juist dat oordeel van het hof op zichzelf mogelijk ook is. Tegen dat voor de appelland voordelige onderdeel van (het dictum van) het vonnis van de rechtbank is het hoger beroep immers niet gericht; dat onderdeel valt buiten de omvang van het hoger beroep en daarover mag het hof niet oordelen.

Kortom, de zaak wordt in beginsel in volle omvang aan de appelrechter voorgelegd, behoudens voor de appelland voordelige beslissingen en behoudens uitdrukkelijk door de appelland aangebrachte beperkingen ten aanzien van de omvang van het hoger beroep. Buiten de omvang van het hoger beroep is de rechter niet bevoegd om te beslissen; dat ligt - volledig - buiten zijn beoordelingsbereik.

3. Terugwijzingsverbod

Dat de zaak in beginsel in volle omvang op de appelrechter wordt afgewenteld, brengt ook met zich dat de appelrechter de zaak zelf

ten gronde moet afdoen. Hij mag de zaak niet terugwijzen naar de eerste rechter. De Hoge Raad houdt aan dit terugwijzingsverbod streng de hand. Alleen in zaken waarin de eerste rechter zich ten onrechte onbevoegd heeft verklaard of waarin ten onrechte ontslag van instantie is verleend (en waarin - aldus de Hoge Raad - de rechter dus op louter processuele gronden niet aan een inhoudelijke beoordeling van de zaak tussen de betrokken partijen is toegekomen), mag de appelrechter terugwijzen (HR 11 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0857).

Op 17 januari 2014 deed Hoge Raad uitspraak in twee schuldsaneringszaken waarin de vraag speelde of het hof de zaak zelf inhoudelijk moest afdoen of dat het de zaak mocht terugwijzen naar de rechtbank voor een inhoudelijke behandeling (ECLI:NL:HR:2014:96 en 97). In het ene geval had de rechtbank een omzettingsverzoek ex art. 15b Fw afgewezen omdat de schuldenaar het verzoek niet tijdig had ingediend. In het andere geval had de rechtbank het verzoek van de schuldenaar om tot de wettelijke schuldsaneringsregeling te worden toegelaten niet-ontvankelijk verklaard omdat de schuldenaar inmiddels in staat van faillissement was verklaard en zijn verzoek niet kon worden aangemerkt als een omzettingsverzoek. In beide gevallen beoordeelde het hof de zaak inhoudelijk, terwijl toch verdedigbaar is dat de rechtbank in beide gevallen op louter processuele gronden niet tot een inhoudelijke behandeling van het omzettings- dan wel schuldsaneringsverzoek is gekomen. De daartegen gerichte klachten faalden evenwel. De Hoge Raad overweegt dat het hoger beroep was gericht tegen een einduitspraak en dat zich geen van de in het arrest van 11 december 2009 genoemde uitzonderingen voordeed. Het hof diende daarom de zaak aan zich te houden. Kennelijk moeten de uitzonderingen van 11 december 2009 dus beperkt worden opgevat

en zien die alleen op de vernietiging van een onbevoegdheidsverklaring zoals hiervoor benoemd en op een vernietiging van een ten onrechte door de eerste rechter verleend ontslag van instantie. Meer ruimte lijkt de Hoge Raad niet te willen geven om de zaak inhoudelijk in twee feitelijke instanties te laten beslissen. In alle andere gevallen, ook al is er sprake van dat de eerste rechter op formele gronden niet aan een inhoudelijke behandeling is toegekomen, is terugwijzing naar de eerste rechter niet aan de orde.

4. Het door de grieven ontsloten gebied

De “omvang van het hoger beroep” moet worden onderscheiden van het “door de grieven ontsloten gebied”. Dit heeft te maken met het in hoger beroep geldende grievenstelsel. Het grievenstelsel wordt in de verzoekschrift-procedure ook wel “grondenstelsel” genoemd, naar aanleiding van art. 278 Rv, waarin is bepaald dat in het beroepschrift de gronden van het hoger beroep moeten worden aangevoerd (zie hierna onder 5).

Het grievenstelsel houdt in dat de rechter in hoger beroep in beginsel alleen heeft te oordelen over behoorlijk in het geding naar voren gebrachte grieven (“gronden”) tegen de beslissing van de eerste rechter. Een grief is iedere grond die de appellant aanvoert om te betogen dat de bestreden uitspraak moet worden vernietigd. Een grief hoeft dus niet betrekking te hebben op een bezwaar tegen een beslissing van de rechter in eerste aanleg, maar kan ook een nieuw verzoek, een nieuwe stelling of een nieuw verweer betreffen. Zo moet een voor het eerst in hoger beroep gedaan beroep op de hardheidsclausule van art. 288 lid 3 Fw worden aangemerkt als een grief, ook al heeft de eerste rechter daarover nog niets gezegd en ook niet hoeven zeggen. En dat geldt bijvoorbeeld ook voor het verweer dat een boedelachterstand, op grond waarvan

aan een saniet in eerste aanleg de schone lei is onthouden, inmiddels is ingelopen.

De eis van het aanvoeren van grieven brengt met zich dat de beoordelingsruimte van de appelrechter binnen de omvang van het hoger beroep verder wordt beperkt tot het gebied dat door de grieven wordt ontsloten. Slechts voor zover (eind)beslissingen van de rechter in eerste aanleg die ten nadele van de appellant strekken met grieven worden bestreden, kan de appelrechter die beslissingen opnieuw beoordelen. Aan beslissingen van de rechter in eerste aanleg in het nadeel van de appellant die niet worden aangevallen met behoorlijk naar voren gebrachte grieven, is de appelrechter gebonden. In zoverre vormen de grieven een nadere omlijning van de beoordelingsruimte van de rechter in hoger beroep tot het door de grieven ontsloten gebied. Dit wordt de negatieve zijde van de devolutieve werking van het appel genoemd.

De omstandigheid dat een oordeel door de rechtbank “ten overvloede” is gegeven, neemt niet weg dat het hof ook aan dat oordeel gebonden is indien het oordeel de voor de appellant nadelige beslissing zelfstandig kan dragen. Niet de aanduiding “ten overvloede” is beslissend, maar hoe de overweging, naar haar inhoud genomen, zich verhoudt tot de beslissing in het dictum. Als sprake is van een het dictum subsidiair dragende overweging zal de appellant, wil het hoger beroep kans van slagen hebben, ook tegen deze overwegingen grieven moeten richten omdat de appelrechter anders aan dat oordeel gebonden is en een beoordeling van de primair dragende overwegingen niet tot een vernietiging zal kunnen leiden. Stel (voorbeeld ontleend aan HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ0713) dat de rechtbank aan een saniet de schone lei heeft verleend en daarbij heeft geoordeeld dat - anders dan de bewindvoerder had gesteld - niet is komen vast te staan dat de saniet tijdens

de schuldsaneringsregeling inkomsten heeft genoten uit de verzorging van nagels van drie personen terwijl zij die inkomsten niet heeft opgegeven. En stel dat de rechtbank daarbij “ten overvloede” heeft overwogen dat, voor zover al zou komen vast te staan dat de saniet inkomsten uit de verzorging van nagels van drie personen niet heeft opgegeven, dit handelen van onvoldoende gewicht is om tot de conclusie te komen dat aan haar de schone lei dient te worden onthouden. Dan zal de schuldeiser die tegen deze beslissing in beroep komt, niet kunnen volstaan met een grief tegen het oordeel dat niet is komen vast dat er sprake is geweest van niet-opgegeven inkomsten. Zelfs als die grief zou slagen, zou het hof nog wel gebonden zijn aan het subsidiair dragende (“ten overvloede” gegeven) oordeel dat dit handelen van onvoldoende gewicht is om de schone lei te onthouden. Ook daartegen zal dan dus een voldoende duidelijke grief moeten worden gericht.

5. Gronden in het beroepschrift

Anders dan in dagvaardingsprocedures, moeten in verzoekschriftprocedures de grieven (“gronden”) al direct bij het instellen van het hoger beroep worden aangevoerd. In art. 278 Rv is bepaald dat de gronden van het hoger beroep worden aangevoerd in het beroepschrift; uit het beroepschrift moet blijken op welke gronden de appellatant meent dat de door hem bestreden beslissing onjuist is. Het ontbreken van gronden in het beroepschrift zal in beginsel leiden tot niet-ontvankelijkheid. Deze regels gelden in beginsel ook in procedures op grond van de Faillissementswet, en dus ook in schuldsaneringszaken.

Het kan voorkomen dat door het te laat ontvangen van de uitspraak de termijn die voor instelling van een rechtsmiddel geldt, dreigt te verlopen. In dat geval kan binnen de voorgeschreven termijn desnoods zonder opgave

van gronden het desbetreffende rechtsmiddel worden ingesteld (“blanco beroep”). Als in het beroepschrift een voorbehoud is gemaakt tot aanvulling van de gronden in verband met het niet tijdig kunnen beschikken over een essentieel processtuk, kan een uitzondering worden gemaakt op het voorschrift dat het beroepschrift de gronden bevat waarop het berust. De gronden kunnen dan naderhand in een aanvullend beroepschrift worden aangevoerd. Dat geldt ook indien een ander essentieel processtuk ontbreekt, zoals het proces-verbaal van de zitting. Volgens vaste jurisprudentie dient zo’n aanvullend beroepschrift met bekwame spoed te worden ingediend, waarbij een termijn geldt van veertien dagen - of een zoveel kortere termijn als overeenstemt met de wettelijke beroepstermijn - na de dag van verstrekking of verzending. Waar in schuldsaneringszaken gedurende acht dagen hoger beroep kan worden ingesteld, geldt deze termijn ook voor indiening van een aanvullend beroepschrift.

Voorgaande regels gelden niet onverkort in alle insolventieprocedures. Ten aanzien van hoger beroep tegen beschikkingen van de rechter-commissaris zoals bedoeld in art. 67 Fw heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het, gelet op de zeer korte beroepstermijn (vijf dagen), niet te rijmen is om bij een zodanig beroep vast te houden aan de hoofdregel dat het beroepschrift de gronden moet bevatten waarop die berust. Zo die gronden al niet voor de appelrechter uit de enkele aard van het oorspronkelijke verzoek in verband met de beschikking zelf voldoende duidelijk zijn, zullen zij, mits met bekwame spoed, in een aanvullend beroepschrift naar voren kunnen worden gebracht. Maar deze uitzondering is (nog?) niet aanvaard in schuldsaneringszaken. Weliswaar is ook daar sprake van een korte beroepstermijn (acht dagen, dus wel een paar dagen langer dan de termijn van art. 67 Fw), maar van het vereiste dat het beroepschrift in hoger beroep (de) beroepsgronden dient

te bevatten, wordt in beginsel niet afgeweken (zie bijvoorbeeld HR 18 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0672).

6. De in beginsel strakke regel

Voor het aanvoeren van gronden (grievens) geldt dus de regel dat deze in het hoger beroep inleidende verzoekschrift moeten zijn opgenomen. Op nadien aangevoerde grieven mag de appelrechter in beginsel geen acht slaan. De Hoge Raad houdt aan deze regel strak de hand en de regel wordt daarom ook wel de “in beginsel strakke regel” (of, in contradictoire procedures: de “twee-conclusie-regel”) genoemd. Met deze regel wordt beoogd dat in de appelprocedure zo spoedig mogelijk duidelijkheid ontstaat over de gronden waarover in hoger beroep moet worden geoordeeld en dat door een concentratie van het debat tot een afdoening van het appel binnen een redelijke termijn wordt gekomen.

De Hoge Raad heeft aanvaard dat op de in beginsel strakke regel een uitzondering kan worden gemaakt indien de wederpartij ondubbelzinnig erin heeft toegestemd dat nog een nieuwe grief of nieuw verweer wordt gevoerd. Deze uitzondering vindt in veel schuldsaneringszaken geen toepassing omdat er helemaal geen sprake is van een processuele wederpartij. Wel is er bijvoorbeeld sprake van een processuele wederpartij als een bewindvoerder opkomt tegen een afwijzende beslissing op zijn verzoek tot tussentijdse beëindiging van de schuldsaneringsregeling (art. 351 lid 1 Fw, zie bijvoorbeeld HR 15 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7632) of als een schuldeiser in beroep komt tegen de verlening van de schone lei (art. 355 Fw, zie bijvoorbeeld HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2140).

Ook de aard van het geschil kan rechtvaardigen dat een uitzondering wordt

gemaakt op de regel dat de appelrechter geen acht mag slaan op grieven die eerst later, bijvoorbeeld ter gelegenheid van de mondelinge behandeling, worden voorgedragen. Het gaat dan om zaken waarin het – nog meer dan normaal – van belang is dat men ten tijde van het doen van uitspraak in appel beschikt over de juiste en volledige, actuele gegevens omdat, zo dit niet het geval blijkt, partijen om die reden naderhand wijziging van de beslissing kunnen vragen. De Hoge Raad heeft dat bijvoorbeeld in familiezaken aanvaard voor beslissingen aangaande een geschil over de uitkering tot levensonderhoud en over een omgangsregeling. Of deze uitzondering ook geldt als het gaat om de beoordeling in hoger beroep van een in eerste aanleg afgewezen schuldsaneringsverzoek, is nog geen uitgemaakte zaak. Pleitbaar is het wel. Ook in een dergelijk geval lijkt er geen redelijk doel mee gediend om een eerst ter gelegenheid van de mondelinge behandeling opgeworpen grief buiten beschouwing te laten. Bij bekrachtiging van de bestreden uitspraak, zonder dat de grief is behandeld, kan de verzoeker direct weer een nieuw verzoek indienen. En er is geen wederpartij die in haar processuele belangen kan zijn geschaad. Het ligt dan ook voor de hand om in hoger beroep op de juiste en meeste recente gegevens en gronden uitspraak te doen en om ook eerst ter gelegenheid van de mondelinge behandeling aangevoerde grieven in de beoordeling te betrekken. Bij beslissingen tot (tussentijdse) beëindiging van de schuldsaneringsregeling ligt dat subtieler. Dat betreft immers geen beslissing waarvan naderhand wijziging kan worden gevraagd. Bovendien kan in die procedures, zoals we reeds zagen, wel sprake zijn van een processuele wederpartij. In die gevallen lijkt het minder voor de hand te liggen om de door de Hoge Raad aanvaarde uitzondering vanwege de aard van de procedure toe te passen.

Verder kan in het algemeen het aanvoeren van een grief na het beroepschrift nog

toelaatbaar zijn indien daarmee aanpassing wordt beoogd aan eerst na het indienen van het beroepschrift voorgevallen of gebleken feiten en omstandigheden. Dit ligt in lijn met het oordeel van de Hoge Raad dat het hof bij een hernieuwde beoordeling van een faillissementsverzoek in hoger beroep rekening dient te houden met de meest recente gegevens en dat de aard van de procedure, waarin met spoed wordt beslist, meebrengt dat deze gegevens ook in een laat stadium mogen worden aangevoerd (HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:B3705 en HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1058). Bij schuldsaneringszaken ligt het niet wezenlijk anders.

7. De positieve zijde van de devolutieve werking

Als een grief slaagt, opent dit de deur naar de tweede fase van het hoger beroep. In die tweede fase moeten alle gronden (en, als het gaat om een contradictoir geding, eventuele verweren) worden beoordeeld waarop de grief weliswaar niet is gericht maar die door het slagen van de grief weer of alsnog relevant worden. Ook dit behoort dan tot het door de grieven ontsloten gebied. Dit vloeit voort uit de devolutieve werking van het hoger beroep en wordt ook wel de positieve zijde van de devolutieve werking van het hoger beroep genoemd.

De appelrechter moet, nadat hij een of meer grieven tegen overwegingen van de rechtbank gegrond heeft bevonden, binnen de omvang van het hoger beroep zelfstandig beoordelen of het verzochte voor toewijzing in aanmerking komt. Dat geldt zowel indien het verzoek in eerste aanleg op formele gronden is afgewezen (niet-ontvankelijk is verklaard) als wanneer op inhoudelijke gronden is geoordeeld dat het verzoek niet kan worden toegewezen. Daarbij mag het hof alle in de procedure gebleken feiten

en omstandigheden in zijn beschouwingen betrekken en heeft het de vrijheid om daar zijn eigen conclusies aan te verbinden, ook als die afwijken van ten voordele van de appellant gegeven oordelen van de rechtbank zonder dat dit tot een voor de appellant voordelig dictum heeft geleid. Met andere woorden: het hof zal opnieuw moeten beoordelen of zich gronden voordoen waardoor de bestreden beslissing, ook al slaagt een of meer van de grieven, toch in stand dient te blijven. Hiermee raken we aan de overweging van Timmerman waarmee ik deze bijdrage opende.

Stel dat de rechtbank een verzoek tot toelating tot de schuldsaneringsregeling heeft afgewezen omdat van een lange lijst aan schulden van vijf schulden (schuld A tot en met E) niet aannemelijk is gemaakt dat die te goeder trouw zijn ontstaan. De enige grief die de appellant aanvoert is dat de rechtbank ten aanzien van twee van die schulden (A en B) ten onrechte heeft geoordeeld dat die niet te goeder trouw zijn ontstaan. In dat geval is het hof ten aanzien van de schulden C tot en met E gebonden aan het - in het nadeel van de appellant gegeven - oordeel van de rechtbank dat die niet te goeder trouw zijn ontstaan. Indien de grieven ten aanzien van de schulden A en B niet slagen (ook het hof acht die schulden niet te goeder trouw), rest het hof niet anders dan de beslissing van de rechtbank te bekrachtigen. Indien de grieven ten aanzien van de schulden A en B wel slagen, zal het hof moeten beoordelen of de resterende schulden aan toelating in de weg staan. Daarbij is het hof nog steeds gebonden aan het oordeel dat de schulden C tot en met E niet te goeder trouw zijn ontstaan, want daartegen was niet gegriefd. Indien het hof meent dat deze - niet te goeder trouw ontstane - schulden C tot en met E op zichzelf voldoende grond opleveren om het verzoek af te wijzen, kan het op die grond de bestreden beslissing bekrachtigen. Maar het hof mag ook verder kijken dan de

schulden die de rechtbank in de motivering heeft genoemd. Met het slagen van de grieven, is immers de deur geopend naar de positieve zijde van de devolutieve werking. Dat betekent dat het hof ook andere, nog niet door de rechtbank beoordeelde schulden in de beoordeling mag betrekken bij de toets of zich wel de voor toelating vereiste situatie van art. 288 lid 1 Fw voordoet dat aannemelijk is dat de schulden te goeder trouw zijn ontstaan of onbetaald gelaten. Dat zal het hof, gelet op het imperatieve karakter van art. 288 lid 1 aanhef en onder b Fw, zelfs moeten doen als het oordeelt dat de schulden C tot en met E, hoewel niet te goeder trouw ontstaan, gegeven alle omstandigheden van het geval onvoldoende zijn om het verzoek af te wijzen. Ook mag het hof ten aanzien van door de rechtbank ten voordele van de appellatant gegeven beslissingen dat bepaalde schulden wel te goeder trouw zijn ontstaan, een ander oordeel geven en op die grond de afwijzende beslissing van de rechtbank bekrachtigen. De gebondenheid van de appelrechter aan niet door grieven bestreden beslissingen betreft immers alleen ten nadele van de appellatant gegeven beslissingen.

Is dat dan niet in strijd met het verbod van *reformatio in peius*? Op deze manier wordt toch afgeweken van voor de appellatant voordelige beslissingen en dat mag toch niet? Nee, zo is het niet. Het verbod van *reformatio in peius* (en daarmee de beperking van de omvang van het hoger beroep) strekt zich alleen uit tot de uiteindelijke beslissing in het dictum, “onder de streep”. Zolang dat niet in het nadeel van de appellatant verandert (en daarvan is geen sprake aangezien ook de rechtbank het verzoek al had afgewezen), prevaleert de devolutieve werking van het hoger beroep.

Overigens staat het de rechter in hoger beroep vrij om eventuele andere gronden die tot eenzelfde beslissing (kunnen) leiden als de beslissing die de eerste rechter heeft

gegeven, te behandelen voordat hij over de grieven beslist (zie HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9869). Dat kan praktisch zijn als er bijvoorbeeld andere, door de rechtbank niet of niet uitdrukkelijk beoordeelde schulden zijn die evident aan toewijzing van het verzoek in de weg staan. Beoordeling van de grieven is dan niet nodig omdat, zelfs als de grieven zouden slagen, dit niet tot een andere beslissing zou leiden. Hetzelfde geldt als zich meerdere afwijzingsgronden voordoen. Stel dat het hoger beroep zich richt tegen de beslissing van de rechtbank om het verzoek tot toelating tot de wettelijke schuldsaneringsregeling af te wijzen op grond van art. 288 lid 1 onder b Fw (kort gezegd: de goede trouw-toets). Dan mag het hof, veronderstellenderwijs uitgaande van het slagen van één of meer grieven tegen de aan die beslissing ten grondslag liggende oordelen van de rechtbank, zich eerst de vraag stellen of zich een of meer van de andere imperatieve afwijzingsgronden van art. 288 lid 1 en 2 Fw voordoet en, indien dat het geval is, de zaak daarop beslissen en het bestreden vonnis dus, op andere gronden, bekrachtigen zonder de grieven zelf te beoordelen (vergelijk HR 22 december 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AZ3952 onder 3.22 tot 3.29.2). Dat levert dan geen (ontoelaatbare) verrassingsbeslissing op omdat een partij op toepassing van dit aspect van de positieve zijde van de devolutieve werking bedacht moet zijn (HR 12 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1428).

Ditzelfde kan zich voordoen indien aan de op inhoudelijke gronden gebaseerde afwijzende beslissing formele gebreken kleven. Stel dat de rechtbank een verzoek tot toelating tot de wettelijke schuldsaneringsregeling inhoudelijk heeft getoetst en tot het oordeel is gekomen dat niet aannemelijk is geworden dat de schulden te goeder trouw zijn ontstaan. De rechtbank heeft evenwel over het hoofd gezien dat het verzoekschrift niet voldeed aan de eisen die de wet daaraan stelt, bijvoorbeeld

omdat bij het verzoekschrift geen verklaring was gevoegd zoals bedoeld in art. 285 lid 1 sub f Fw. Begrijpelijk(er)wijs zullen de grieven in hoger beroep zich dan alleen richten tegen het oordeel van de rechtbank dat niet aannemelijk is geworden dat de schulden te goeder trouw zijn ontstaan. Deze grieven behoeft het hof dan niet te behandelen omdat het, zij het op andere gronden dan de rechtbank, zal kunnen oordelen dat het verzoek niet kan worden toegewezen. Wegens het ontbreken van de verklaring ex artikel 285 lid 1 sub f Fw dient het verzoek alsnog niet-ontvankelijk te worden verklaard (vergelijk HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:589). Daar kan de beoordeling van de grieven niets aan veranderen. Ook in een geval als dit is er geen strijd met het verbod van reformatie in peius. In materieel opzicht wordt de appellant namelijk niet slechter van zijn hoger beroep: het verzoek is en blijft afgewezen. Dat het dictum tot niet-ontvankelijkheid strekt in plaats van tot een afwijzing op inhoudelijke gronden, maakt dat niet anders.

Het spiegelbeeldige is overigens evenzeer denkbaar. Indien de rechtbank de appellant niet-ontvankelijk heeft verklaard en het hof de tegen die beslissing gerichte grieven gegrond acht, zal het hof de zaak zelf inhoudelijk moeten beoordelen (terugwijzen mag niet, zie hiervoor). Dat kan ertoe leiden dat het verzoek alsnog op inhoudelijke gronden wordt afgewezen. In het verlengde hiervan kan het hof ook besluiten eerst te onderzoeken of zich een verplichte afwijzingsgrond voordoet, zonder eerst de grieven tegen aan de beslissing tot niet-ontvankelijkheid ten grondslag liggende oordelen te behandelen. Daarmee blijft de preliminaire vraag naar de oorspronkelijke ontvankelijkheid onbeantwoord en krijgt de aanvrager toch een inhoudelijke beoordeling van zijn verzoek. Voor processualisten is dat wellicht weinig fraai, maar in sommige gevallen is het meer bevredigend om de zaak

toch op inhoudelijke gronden te beslissen en het kan zinloze cassaties tegen niet-ontvankelijkheidsbeslissingen voorkomen. Met het oog daarop komt het ook vaak voor dat de appelrechter de zaak weliswaar op formele gronden beslist, maar “ten overvloede” oordeelt dat het hoger beroep ook op inhoudelijke gronden niet kan slagen.

Gelet op deze positieve zijde van de devolutieve werking van het hoger beroep doet een appellant (althans diens advocaat) er wijs aan zich niet alleen te focussen op de voor de appellant onwelgevallige overwegingen van de rechtbank in de bestreden beslissing. Er kunnen nog vele andere redenen zijn om het verzoek tot toelating af te wijzen, om de regeling tussentijds te beëindigen of om geen schone lei te verlenen. Een verstandige advocaat staart zich niet blind op de overwegingen van de eerste rechter, maar bekijkt de gehele zaak en beoordeelt dan wat de kans is dat de beslissing onder de streep in hoger beroep anders uitvalt.

8. Ambtshalve toetsen aan openbare orde

Deze bijdrage zou niet compleet zijn indien ik naast het voormelde toetsingskader van de appelrechter niet ook zou vermelden dat de appelrechter gehouden is om ambtshalve te toetsen aan regels van openbare orde. Voor bepalingen van openbare orde geldt dus een uitzondering op het grievenstelsel: de appelrechter kan zich niet aan de toetsing aan bepalingen van openbare orde onthouden op de enkele grond dat geen grieven zijn aangevoerd. Dit laat onverlet dat de appelrechter onbevoegd blijft om buiten de omvang van het hoger beroep te oordelen; eventuele strijdigheid met regels van openbare orde brengt daarin geen verandering. Alleen binnen de omvang van het hoger beroep dient de appelrechter ook buiten het door de grieven ontsloten gebied te toetsen aan bepalingen van openbare orde.

Bij bepalingen van openbare orde gaat het om regels van uiterst fundamenteel dwingend recht. Het moet zo dwingend zijn dat zelfs als partijen er geen beroep op doen, de rechter gehouden is om aan de regels toepassing te geven. Daarvan is niet snel sprake. Sommige processuele regels, zoals die ten aanzien van bevoegdheid van de rechter, rechtsmiddelentermijnen en appellabiliteit, zijn bijvoorbeeld van openbare orde. Die moet de appelrechter dus ambtshalve toepassen.

De beoordeling of aan de voorwaarden voor een verzoek ex artikel 15b Fw tot omzetting van een faillissement in de wettelijke schuldsaneringsregeling is voldaan, is wel als (gelijk aan) een kwestie van openbare orde aangemerkt (zie conclusie A-G Wuisman, ECLI:NL:PHR:2011:BP4683). Dat is vervolgens als argument gebruikt om tot de conclusie te komen dat de appelrechter ambtshalve, zonder dat daarover een grief is aangevoerd, aan deze bepaling moet toetsen. Dat lijkt me een onnodige omweg om bij deze op zichzelf juiste conclusie uit te komen. Ik zal uitleggen wat ik bedoel.

Het spreekt vanzelf dat de eerste rechter bij de beoordeling van een omzettingsverzoek, waarbij alleen de schuldenaar partij is, moet toetsen of aan de voorwaarden van art. 15b Fw is voldaan. Zoals Wuisman in voornoemde conclusie terecht opmerkt: de beslissing op een dergelijk verzoek gaat ook derden aan (met name de schuldeisers en in het bijzonder de oorspronkelijk aanvrager van het faillissement), terwijl deze derden niet bij de behandeling van het omzettingsverzoek worden betrokken. Hun belangen vinden bescherming in de voorwaarden van art. 15b Fw en daaraan zal de rechter, in het belang van derden die het aangaat, uiteraard moeten toetsen; anders zou de bepaling zinledig zijn. Als de rechtbank evenwel niet, althans niet uitdrukkelijk, toetst aan de voorwaarden van art. 15b lid 1 Fw

maar het omzettingsverzoek op inhoudelijke gronden afwijst, en de verzoeker komt daartegen in hoger beroep met grieven die zich (uiteraard, zou ik zeggen) uitsluitend tegen de inhoudelijke beoordeling richten, dan ligt het verzoek weer volledig ter toetsing aan het hof voor. Ook de vraag of aan de (formele) voorwaarden van art. 15b Fw lid 1 is voldaan, ligt dan binnen de omvang van het hoger beroep en binnen het door de grieven ontsloten gebied. Het verzuim van de rechtbank om aan de voorwaarden van art. 15b lid 1 Fw te toetsen, is een beslissing in het voordeel van de appellant (hij is - impliciet - ontvankelijk verklaard) maar het heeft uiteindelijk niet tot een voor de appellant voordelige beslissing op zijn verzoek geleid; dat verzoek is immers afgewezen. Onder die omstandigheden dient het hof - net als de eerste rechter - op grond van de positieve zijde van de devolutieve werking, alsnog aan de voorwaarden van art. 15b lid 1 Fw te toetsen. Indien dat tot de conclusie leidt dat niet aan die voorwaarden is voldaan, zal het hof het verzoek op die grond alsnog niet-ontvankelijk kunnen verklaren of kunnen afwijzen (het dictum "afwijzen" omvat ook een niet-ontvankelijkverklaring). Van strijd met het beginsel van non reformatio in peius, zo zagen we al eerder, is dan geen sprake omdat de appellant van deze beslissing materieel niet slechter wordt. Om hier uit te komen, hebben we de "openbare orde-toets" dus helemaal niet nodig.

9. Tot slot

In het voorgaande heb ik geprobeerd in hoofdlijnen het procesrechtelijke toetsingskader te schetsen dat geldt in hoger beroep in schuldsaneringszaken. Dat kader is niet wezenlijk anders dan in andere verzoekschriftprocedures. De devolutieve werking van het hoger beroep - zowel de negatieve als de positieve zijde daarvan - bepaalt ook in schuldsaneringszaken de beoordelingsruimte

van de appelrechter. Het komt er kort gezegd op neer dat de appelrechter in beginsel hetzelfde toetsingskader heeft als de eerste rechter. De hele zaak wordt, binnen de omvang van het hoger beroep, ter beslissing op hem afgewenteld. Binnen die omvang wordt zijn beoordelingsruimte verder beperkt tot het door de grieven ontsloten gebied. Aan de voor de appellant nadelige beslissingen waartegen geen grieven zijn gericht, is de appelrechter gebonden. Tot het door de grieven ontsloten gebied behoren ook de door de eerste rechter niet of voor de appellant positief beoordeelde gronden die, bij een voor de appellant negatieve beoordeling door de appelrechter, tot (materieel) dezelfde beslissing zullen leiden. De uiteindelijke beslissing in hoger beroep mag voor de appellant evenwel niet (materieel) slechter uitvallen.

Ik keer terug naar de conclusie van Timmerman. Wat te denken van het cassatiemiddel dat erover klaagt dat het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden door een eigen oordeel te geven over de overige schulden van verzoeker, terwijl verzoeker in zijn beroepschrift alleen gegriefd

heeft tegen het oordeel van de rechtbank over de schuld aan de curator? Mijns inziens is dat middel gedoemd te mislukken. Ook al stelt het middel terecht dat het oordeel van het hof over de overige schulden afwijkt van het oordeel van de rechtbank zonder dat tegen dit oordeel van de rechtbank is gegriefd, dan wil dat nog niet zeggen dat het hof daarmee “buiten de grenzen van de rechtsstrijd” treedt. Op grond van de devolutieve werking van het hoger beroep was het hof immers gehouden om het inleidend verzoek tot toelating tot de schuldsaneringsregeling (opnieuw) te beoordelen. Daarbij was het hof niet gebonden aan het voor de appellant positieve oordeel van de rechtbank over bepaalde schulden (of het ontbreken van een oordeel daarover), zolang het oordeel in hoger beroep het hof niet tot een nadeliger dictum bracht. En daarvan was geen sprake. Het was een beoordeling binnen de omvang van het hoger beroep en binnen het door de grieven ontsloten gebied. Niets mis mee dus.

** Mr. drs. F.J.P. Lock is senior-raadsheer in het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.*

11 - Buitengerechtelijke schuldregeling in geval van verzoek omzetting op grond van artikel 15b Fw?

*Matthieu Verhoeven, Christiane Koppelman**

1. Inleiding

Recent heeft de Hoge Raad prejudiciële vragen beantwoord over de vraag of er bij een verzoek tot omzetting van een faillissement naar een wettelijke schuldsanering eerst een buitengerechtelijke schuldenregeling moet worden geprobeerd (HR 13 maart

2015, ECLI:NL:HR:2015:589). In het onderstaande artikel worden de antwoorden op die prejudiciële vragen en de praktische consequenties besproken.

2. Artikelen 15b en 285 Fw

Artikel 15b Fw biedt de mogelijkheid aan een natuurlijke persoon die in staat van faillissement verkeert (totdat de verificatievergadering is gehouden) een verzoek tot opheffing van zijn faillissement onder gelijktijdige toepassing van de schuldsaneringsregeling te doen. De rechtbank mag een dergelijk verzoek slechts honoreren, indien de failliet op eigen aangifte

failliet is verklaard of, indien zijn faillissement is uitgesproken op verzoek van een schuldeiser, het de failliet niet valt toe te rekenen dat hij binnen de termijn die hem daarvoor na de indiening van het rekest is gegeven (artikel 3 lid 1 Fw) geen verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsregeling heeft ingediend. De failliet dient zich voor de indiening van het verzoek te wenden tot de rechtbank die zijn faillissement heeft uitgesproken.

Op het verzoek ex artikel 15b Fw is titel III van de Faillissementswet van toepassing¹. Titel III is de titel waarin de wetbepalingen betreffende de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen zijn opgenomen (artikel 284 tot en met 362 Fw).

In artikel 285 lid 1 Fw is vermeld welke informatie in een verzoekschrift tot toepassing van de schuldsaneringsregeling of in een bijlage bij het verzoekschrift dient te worden opgenomen. In artikel 285 lid 1 sub f Fw is bepaald dat het verzoekschrift een met redenen omklede verklaring dat er geen reële mogelijkheden zijn om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen, afgegeven door een gemeente of gemandateerde instelling, moet bevatten.

Inmiddels is de kring van instellingen die een met redenen omklede verklaring mag afgeven onder andere uitgebreid naar curatoren, advocaten en schuldsanerings- en beschermingsbewindvoerders (art. 48 lid 1 WCK).

Tot 2013 werd er door de rechtbanken vanuit gegaan (en uit jurisprudentie van de hoven en de Hoge Raad bleek niet dat dit anders was) dat een omzettingsverzoek geen met redenen omklede verklaring over de mogelijkheden van het treffen van een al dan niet buitengerechtelijk akkoord, een verklaring ex artikel 285 lid 1 sub f Fw hoefde te bevatten.

De rechtbanken hebben dit uitgangspunt dan ook vastgelegd in het procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken van de rechtbanken.

De achterliggende gedachte hierbij was mede dat een schuldenaar die in staat van faillissement verkeert, dus op wie een gerechtelijk 'regime' van toepassing is, de beschikking en het beheer over het tot het faillissement behorende vermogen, dat in beginsel het gehele vermogen van de failliet ten tijde van het uitspreken van het faillissement en hetgeen hij tijdens het faillissement verwerft, omvat, heeft verloren en dus niet over middelen beschikt om een buitengerechtelijk akkoord aan te bieden. Daarnaast werd er vanuit gegaan dat de normaliter tijdens een minnelijk traject verworven informatie over onder andere de omvang en de aard van de schulden tijdens het faillissement door de curator inzichtelijk werden gemaakt en via de openbare verslagen en een advies ten behoeve van de omzetting aan de rechtbank kenbaar werden gemaakt.

Echter, ergens in 2013, zijn (enkele van) de gerechtshoven daar kennelijk anders over gaan denken.

3. Jurisprudentie gerechtshoven

Dit blijkt onder andere uit het arrest van het Gerechtshof Den Bosch van 26 september 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:5115. De casus was als volgt. De Rechtbank Oost Brabant heeft bij vonnis van 17 juli 2013 een verzoek van X tot opheffing van het faillissement onder gelijktijdige toepassing van de schuldsaneringsregeling afgewezen, omdat naar het oordeel van de rechtbank niet aannemelijk is geworden dat X te goeder trouw is geweest ten aanzien van het ontstaan en onbetaald laten van haar schulden en dat X niet aannemelijk heeft gemaakt dat zij de uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende

verplichtingen naar behoren zal nakomen en zij zich zal inspannen om zoveel mogelijk baten voor de boedel te verwerven. X kwam hiertegen in beroep bij het Hof Den Bosch. Het Hof Den Bosch concludeerde dat voorafgaand aan de indiening van het verzoek tot opheffing van het faillissement onder gelijktijdige toepassing van de schuldsaneringsregeling geen minnelijk traject had plaatsgevonden. X heeft aangevoerd dat zij ervoor heeft gekozen om haar faillissement aan te vragen, omdat diverse van haar schuldeisers zodanig hadden aangedrongen op betaling dat zij niet de mogelijkheid had om de termijn tot de (eventuele) toepassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling te overbruggen. Het hof heeft vervolgens overwogen dat er in het kader van een faillissementsaanvraag mogelijk lichtere eisen kunnen worden gesteld aan de toelating tot de schuldsaneringsregeling met name waar het de duur van het voortraject betreft, maar dat dit er niet aan af doet dat ook in het geval van X een met redenen omklede verklaring waarom er geen reële mogelijkheden zijn om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen, moet worden afgegeven. Het hof heeft voorts onder verwijzing naar de Memorie van Toelichting² overwogen dat het overleggen van een dergelijke verklaring past in het beleid om strenger te zijn bij de poort tot toelating tot de schuldsaneringsregeling. Deze poort zou slechts moeten worden geopend voor schuldenaren die gereed zijn voor een wettelijke schuldsaneringsregeling. Volgens het hof is daarvan eerst sprake als een minnelijke procedure is doorlopen en bekend is hoe de financiële positie van de schuldenaar is.

Het hof heeft geoordeeld dat het ontbreken van de verklaring ex artikel 285 lid 1 sub f Fw reeds voldoende grond is om het verzoek van X af te wijzen. Het hof heeft de uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant van 17 juli 2013 bekrachtigd. Het hof wijst X er echter nog op dat zij opnieuw een verzoek tot opheffing

van haar faillissement onder gelijktijdige toepassing van de schuldsaneringsregeling kan indienen, maar dat er in dat geval een minnelijk traject moet worden gevolgd en als het minnelijk traject niet slaagt, dat er een met redenen omklede verklaring waarom er geen reële mogelijkheden zijn om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen, moet worden afgegeven. Achtergrond van deze uitspraak is kennelijk dat, nu titel III Fw van toepassing is op een verzoek tot omzetting via artikel 15b Fw, niet alleen de materiële toelatingsvereisten gelden, maar ook de formele. Het hof laat zich er niet over uit hoe een minnelijk traject er in een dergelijke situatie (de schuldenaar is failliet) uit moet zien.

De eerste vraag die opkomt is of het mogelijk is dat in een “gerechtelijke regeling” zoals het faillissement, een buitengerechtelijke regeling mogelijk is. De wet kent daar één voorbeeld van en wel in het Wetboek van Strafrecht, artikel 345: het sluipakkoord. Verdere buitengerechtelijke regelingen kent de wet niet in een faillissement en dat is al een belangrijke reden om aan te nemen dat een dergelijke regeling niet rechtsgeldig of mogelijk is.

Vervolgens zou gedacht kunnen worden aan een “regeling” in het faillissement die moet zijn beproefd (en mislukt) voordat omzetting naar een wettelijke schuldsaneringsregeling mogelijk is. Die regeling kennen wij: dat is het akkoord. Daarover verderop in dit artikel meer.

Opmerkelijk in het arrest is nog dat het hof een met redenen omklede verklaring gelijk lijkt te stellen aan een verklaring over een daadwerkelijk gestart minnelijk traject. In artikel 285 lid 1 sub f Fw wordt immers bepaald dat een met redenen omklede verklaring, dat er geen reële mogelijkheden zijn om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen, onderdeel moet uitmaken van of als bijlage

moet worden gevoegd bij het verzoekschrift tot toepassing van de schuldsaneringsregeling. Dit betekent dat de verklaring ook mag inhouden dat vóórdat er pogingen tot het treffen van een buitengerechtelijke schuldregeling zijn ondernomen, wordt geconcludeerd dat er geen reële mogelijkheden tot het treffen van een buitengerechtelijke schuldregeling bestaan. Dit kan het geval zijn als er sprake is van een verzoek omzetting van faillissement naar schuldsanering. Immers lijken de mogelijkheden een minnelijk traject te starten, reeds omdat er geen middelen beschikbaar zijn om een (al dan niet buitengerechtelijk) aanbod aan schuldeisers te doen, afwezig.

In afwachting van meer duidelijkheid over het al dan niet moeten starten van een minnelijk traject in het geval van een verzoek tot omzetting van faillissement naar schuldsanering en over de wijze waarop een dergelijk minnelijk traject eruit zou moeten zien, indien vast zou komen vast te staan dat er een buitengerechtelijk aanbod aan schuldeisers moet worden gedaan, heeft de rechtbank Overijssel curatoren verzocht in hun (schriftelijke) visie op het verzoek omzetting, zich uit te laten over de mogelijkheden om tijdens een faillissement tot een schuldregeling of akkoord te komen. Was een dergelijke verklaring aanwezig, was de verzoeker tot omzetting wat dat betreft ontvankelijk.

Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft bij tussenarrest van 6 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8522, in een vergelijkbare casus als in het arrest van het Hof Den Bosch van 26 september 2013, prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld. De casus in het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden was als volgt. De Rechtbank Overijssel heeft het verzoek van Y tot opheffing van het faillissement onder gelijktijdige toepassing van de schuldsaneringsregeling bij vonnis van 10 juni 2014 op inhoudelijke

gronden afgewezen. De rechtbank heeft ten aanzien van de ontvankelijkheid van Y in haar verzoek overwogen dat, omdat Y in staat van faillissement verkeert, het haar niet mogelijk was een minnelijke regeling aan haar schuldeisers aan te bieden. De curator had verklaard dat een regeling niet mogelijk was. De rechtbank verbond om die reden geen consequenties aan het ontbreken van het minnelijk traject of van de verklaring als bedoeld in artikel 285 lid 1 sub f Fw. De rechtbank heeft het verzoek van Y vervolgens afgewezen, omdat Y naar het oordeel van de rechtbank niet aannemelijk heeft gemaakt dat ze te goeder trouw is geweest ten aanzien van het ontstaan en onbetaald laten van haar schulden en dat Y niet aannemelijk heeft gemaakt dat ze de verplichtingen voortvloeiende uit de schuldsaneringsregeling zal nakomen.

Y stelde hoger beroep in. Ten aanzien van de ontvankelijkheid van Y in haar verzoek overweegt het hof dat op het verzoekschrift van Y tot opheffing van haar faillissement onder gelijktijdige toepassing van de schuldsaneringsregeling de bepalingen van titel III van de Faillissementswet, waaronder artikel 285 Fw, van toepassing zijn. Het verzoekschrift van Y luidt als volgt: 'ik verzoek u om een hoorzitting in te plannen met betrekking tot de omzetting van het faillissement naar een schuldsaneringsregeling'. Voorts heeft de curator in zijn schriftelijke visie op het verzoek omzetting verklaard dat: 'inzake een buitengerechtelijke schuldregeling bericht ik u dat er geen spaarcapaciteit bestaat en dat het er ook niet naar uitziet dat deze er komt'. Het hof concludeerde dat het verzoekschrift niet voldoet aan de vereisten in artikel 285 Fw, waaronder het vereiste dat er een met redenen omklede verklaring moet zijn dat er geen reële mogelijkheden zijn om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen. Het hof overwoog dat de vraag die voorligt is of indien een verzoek tot toelating tot de

schuldsaneringsregeling op voet van artikel 15b Fw wordt gedaan, voorafgaand een poging moet worden ondernomen om met de schuldeisers tot een vergelijk te komen en of ook een in het kader van een verzoek omzetting gedaan verzoek tot toelating tot de schuldsaneringsregeling dient te voldoen aan het vereiste van artikel 285 lid 1 sub f Fw. Bij tussenarrest van 6 november 2014 heeft het hof de volgende prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld:

1. Moet, indien een verzoek tot toelating tot de schuldsaneringsregeling op de voet van artikel 15b Fw wordt gedaan, voorafgaand een buitengerechtelijke schuldregeling zoals bedoeld in artikel 285 lid 1 sub f en h Fw worden beproefd of staat de omstandigheid dat iemand in staat van faillissement is verklaard daaraan in de weg?

2. Dient een in het kader van een verzoek tot omzetting ex artikel 15b Fw gedaan verzoek tot toelating tot de schuldsaneringsregeling te voldoen aan het vereiste van artikel 285 lid 1 sub f Fw?

3. Mag de rechter indien, al dan niet na toepassing van artikel 287 lid 2 Fw, bij het verzoekschrift een verklaring zoals bedoeld in artikel 285 lid 1 sub f Fw ontbreekt, tot inhoudelijke beoordeling en toewijzing van een omzettingsverzoek zoals bedoeld in artikel 15b Fw overgaan of is een dergelijk verzoek niet-ontvankelijk?

4. Hoge Raad 13 maart 2015

Bij arrest van 13 maart 2015 ECLI:HR:2015:589 heeft de Hoge Raad de prejudiciële vragen als volgt beantwoord.

De Hoge Raad overweegt dat ook in het geval van een omzettingsverzoek de schuldenaar met behulp van professionele

schuldhulpverlening moet hebben geprobeerd een buitengerechtelijke schuldregeling te treffen. Een gefailleerde is echter als gevolg van het faillissement niet meer in staat een buitengerechtelijke schuldregeling te treffen. Volgens de Hoge Raad brengt een redelijke wetstoepassing met zich mee dat wordt aanvaard dat bij een omzettingsverzoek een schriftelijke verklaring van een curator kan worden gevoegd, waarin is vermeld dat de curator heeft onderzocht of de gefailleerde aan zijn gezamenlijke schuldeisers een akkoord in de zin van artikel 138 Fw (gerechtelijk akkoord) kan aanbieden en dat er geen reële mogelijkheden zijn om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen. Indien de verklaring ontbreekt kan de rechtbank de gefailleerde een termijn van één maand stellen om die verklaring alsnog te verstrekken. Gebeurt dit niet (tijdig), is de sanctie niet-ontvankelijk verklaring.

Aldus heeft de Hoge Raad oplossingen gegeven voor enkele (in de theorie opgekomen) problemen op een manier die in de dagelijkse praktijk goed uitvoerbaar is. De weg naar dat doel leidt wel tot vragen.

In rechtsoverweging 3.4.5 overweegt de Hoge Raad dat moet worden aangenomen dat ook voor een omzettingsverzoek het vereiste geldt dat de schuldenaar met behulp van professionele schuldhulpverlening heeft geprobeerd een buitengerechtelijke schuldregeling te treffen. Kennelijk acht de Hoge Raad dus dat fenomeen (buitengerechtelijk tijdens een faillissement) denkbaar. Het valt uit te sluiten dat de Hoge Raad daarmee het sluipakkoord heeft bedoeld. Wellicht blijkt uit latere uitspraken van de Hoge Raad wat voor (legale) regeling dat dan wel zou kunnen zijn. Niettemin moet kennelijk de schuldenaar wel een regeling hebben geprobeerd en moet de curator (ook) verklaren dat een buitengerechtelijke regeling niet tot de

reële mogelijkheden behoort. Vreemd dat dat moet worden geprobeerd en dat de curator moet verklaren dat er geen reële mogelijkheden zijn, als vervolgens wordt overwogen dat een gefailleerde niet in staat is zo'n regeling aan te bieden. Waarom het dan toch proberen? Maar gelet op de hiervoor gestelde onmogelijkheid van een buitengerechtelijke regeling tijdens een gerechtelijke regeling (het faillissement) kan de curator een dergelijke verklaring met zijn ogen dicht afgeven. De verklaring van de curator dat hem gebleken is dat een akkoord niet tot de mogelijkheden behoort, volstaat dus.

Dat zal bij zo ongeveer alle verzoeken het geval zijn. Indien een akkoord in faillissement wel tot de mogelijkheden behoort, zal de schuldenaar daar, al dan niet door de curator op dat spoor gezet, zeker voor kiezen. In dat geval eindigt het faillissement met een akkoord en is de schuldenaar van zijn schulden bevrijd. Een wettelijke schuldsanering met hetzelfde effect zal doorgaans nog drie jaar duren.

De Hoge Raad heeft met dit arrest ook een merkwaardig en zinloos circus voorkomen. Stel dat het vereiste dat een regeling (laten we het maar niet meer hebben over buitengerechtelijke) moet zijn geprobeerd. Dan is allereerst noodzakelijk om vast te stellen wie nu precies schuldeisers in het faillissement zijn en wat zij precies te vorderen hebben. Het zal immers niet de bedoeling zijn om betwiste vorderingen waarvan de verschuldigdheid niet vaststaat in een regeling te betrekken. Daartoe bevat de Faillissementswet een middel: de verificatievergadering. In het kader van het in de aanloop naar een schuldsaneringsverzoek beproeven van een regeling/akkoord wordt er, immers het gaat om een ontvankelijkheidsvereiste, een verificatievergadering gehouden. Daarna staat vast wie er moeten worden benaderd met het verzoek in te stemmen met een regeling. Ook is op datzelfde moment de weg naar een

wettelijke schuldsanering definitief afgesneden: art. 15b lid 1 Fw bepaalt immers dat een omzettingsverzoek kan worden gedaan totdat de verificatievergadering is gehouden. Het voldoen aan het ene ontvankelijkheidsvereiste zou dan dus tot gevolg hebben dat daarmee niet meer wordt voldaan aan een ander ontvankelijkheidsvereiste. Ook dit bizarre gevolg sterkt ons in de opvatting dat de eis van een (buitengerechtelijke) schuldregeling in geval van omzetting van een faillissement naar een schuldsanering nimmer de bedoeling van de wetgever kan zijn geweest.

Het feit dat de bepalingen van titel III van de Fw van toepassing zijn op een omzettingsverzoek, betekent volgens ons vooral dat de materiële toetsingscriteria om te worden toegelaten tot de schuldsaneringsregeling volledig van toepassing zijn. Dat geldt ons inziens niet voor alle formele vereisten van artikel 285 Fw, aangezien die in een faillissementssituatie niet toepasbaar zijn.

** Mr. Matthieu Verhoeven is werkzaam als coördinerend vice-president bij de Rechtbank Overijssel, locatie Almelo. Mr. Christiane Koppelman is werkzaam als senior secretaris bij de Rechtbank Overijssel, locatie Almelo.*

1 *MvT, Kamerstukken II 1992/1993, 22969, nr. 3, p. 31.*

2 *Kamerstukken II 2004/2005, nr. 7, p. 53.*

12 - Een nieuwe dwangcrediteur?

*Wim Klein Meuleman en Hans Lagendaal**

1. De casus

Op 30 september 2014 wordt de heer H. toegelaten tot de wettelijke schuldsaneringsregeling. Bij het huisbezoek constateert de bewindvoerder dat de levering van energie is gestaakt. De heer H. betaalt echter maandelijks een voorschot aan zijn huidige energieleverancier Essent. De bewindvoerder verwijst hem dan ook naar deze energieleverancier om herstel van de levering te bewerkstelligen en dient ook zelf een verzoek daartoe in. Al snel blijkt dat niet Essent, maar de netwerkbeheerder Stedin dwarsligt. Na een aantal telefoontjes tussen de bewindvoerder, de netwerkbeheerder en de deurwaarder komt de aap uit de mouw: Er blijkt een afspraak te zijn tussen Stedin en de deurwaarder die het volgende behelst. Zolang de heer H. niet de kosten heeft betaald die de deurwaarder heeft gemaakt bij het afsluiten van de heer H., sluit Stedin niet opnieuw aan. De netwerkbeheerder blijkt niet gevoelig voor enig juridische argument van de bewindvoerder, die daarop de heer H. adviseert om juridische bijstand te zoeken.

2. Het juridisch kader

Op grond van artikel 299, eerste lid onder a. van de Faillissementswet (Fw) vallen vorderingen op de schuldenaar die ten tijde van de uitspraak tot toepassing van de schuldsaneringsregeling bestaan, onder de werking van de schuldsaneringsregeling. Dat geldt dus ook voor de vordering van de deurwaarder wegens gemaakte kosten bij de afsluiting van de heer H. In artikel 299, tweede lid Fw is vervolgens bepaald dat de deurwaarder geen andere weg openstaat dan zijn vordering ter verificatie in te dienen bij de bewindvoerder. Bovendien is in artikel

306 Fw geregeld dat een eventuele betaling op deze vordering door de heer H. nietig zou zijn. De deurwaarder tracht dus in strijd met de wet de heer H. te dwingen om alsnog de kosten van de afsluiting te voldoen. Hij wordt daarbij gesteund door de netwerkbeheerder die het ultieme drukmiddel hanteert: Het weigeren van heraansluiting van energie. De netwerkbeheerder misbruikt hier zijn positie als monopolist. De wetgever heeft immers met artikel 304 Fw getracht te regelen dat een schuldenaar in de schuldsaneringsregeling niet verstoken blijft van essentiële voorzieningen zoals water, gas en elektriciteit. Daarenboven heeft een consument fysiek niet de mogelijkheid om van netwerkbeheerder te wisselen. De heer H. zit dus klem tussen de deurwaarder en de netwerkbeheerder.

3. De oplossing

De advocaat van de heer H. stelt Stedin via de deurwaarder een ultimatum: als Stedin niet voor een bepaalde datum toezegt de woning van de heer H. op het netwerk aan te sluiten, volgt een kortgeding waarin namens de heer H. op straffe van een dwangsom aansluiting van zijn woning op het net zal worden gevorderd. Uiteindelijk meldt de deurwaarder dat er is besloten dat de heer H. 'onder bijzondere omstandigheden weer heraangesloten mag worden'. En dat 'de geldvordering zal worden aangemeld bij de bewindvoerder in de Wsnp'. Het is inmiddels februari 2015. Daarmee is de heer H. geholpen. De vraag die overblijft is of hier sprake was van een incident of van structureel beleid?

**Wim Klein Meuleman is advocaat. Hans Lagendaal is bewindvoerder Wsnp.*

13 - Toch verlenging van de schuldsaneringsregeling na afloop van de termijn van artikel 349a Fw! (II)

Theo Pourw

Hoge Raad 10 oktober 2014, HR:2014:2935

1. Inleiding

Op prejudiciële vragen van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch (ECLI:NL:GHSHE:2014:1473 en 1474) of een schuldsanering na het verstrijken van de termijn kan worden verlengd, heeft de Hoge Raad op 10 oktober 2014 bevestigend geantwoord (ECLI:NL:HR:2014:2935).

Dit antwoord is al besproken in deel 1 van dit artikel (*WP* 2015/1, p. 19-24). Daarin werd geconcludeerd dat het goed zou zijn wanneer de Hoge Raad zijn uitspraak zou nuanceren in die zin, dat na het verstrijken van de termijn van de schuldsanering alleen over een verlenging beslist zou mogen worden, wanneer dat gebeurt in het kader van het voortprocederen over een reeds gedurende de reguliere looptijd genomen beslissing. Is dat niet het geval, dan kan alleen artikel 354 lid 2 Fw nog uitkomst bieden als allerlaatste redmiddel voor een schuldenaar die gedurende de reguliere looptijd niet correct heeft voldaan aan zijn verplichtingen. Op basis van dat artikellid kunnen tekortkomingen in de nakoming van de voor de schuldenaar uit de schuldsanering voortvloeiende verplichtingen buiten beschouwing worden gelaten wegens hun bijzondere aard of geringe betekenis.

Omdat de Hoge Raad bij herhaling te kennen heeft gegeven dat de verplichtingen van de schuldenaar eindigen met het verstrijken van de termijn van artikel 349a Fw (zie o.a. ECLI:NL:HR:2012:BV0890) wilde het Gerechtshof 's-Hertogenbosch,

voor het geval verlenging na het verstrijken van de termijn mogelijk zou worden geacht, ook weten welke verplichtingen er dan gelden voor de schuldenaar in de periode tussen het aflopen van de reguliere termijn van de schuldsanering en het onherroepelijk worden van de verlengingsbeslissing, welke periode hierna zal worden aangeduid als het vacuüm. Het antwoord van de Hoge Raad op deze tweede vraag luidt kort en goed:

Tussen het verstrijken van de termijn van artikel 349a Fw en het onherroepelijk worden van de verlengingsbeslissing gelden er voor de schuldenaar geen verplichtingen.

Voor de bespreking van het antwoord op deze tweede vraag wordt eerst ingegaan op de argumentatie van de Advocaat-Generaal (§ 2) en de motivering van de Hoge Raad (§ 3). Vervolgens komt een uiterst belangrijke overweging ten overvloede aan de orde (§ 4), waarna enkele gevolgen worden besproken van de beslissing van de Hoge Raad voor de praktijk (§ 5). Tot slot volgt een conclusie (§ 6) waarin een alternatieve benadering wordt voorgesteld.

2. De argumentatie van de Advocaat-Generaal bij de beantwoording van de tweede prejudiciële vraag (ECLI:NL:PHR:2014:1764)

Uitgaande van het proportionaliteitsbeginsel vereist een verlengingsbeslissing altijd maatwerk en moet gericht zijn op het doel dat de rechter met de verlenging wil bereiken. In de visie van de A-G brengt een redelijke uitleg van artikel 349a Fw daarom mee:

dat de rechter in zijn beslissing tot verlenging van de schuldsanering ook bepaalt wat de omvang van de verplichtingen is waaraan een schuldenaar in de periode van verlenging onderworpen is (randnr. 4.3)

Dat is op zich niets nieuws. In de praktijk gebeurde het al vaker dat een schuldenaar tijdens een verlenging van zijn schuldsanering niet aan alle kernverplichtingen werd gehouden. Wanneer er bijvoorbeeld een boedelachterstand was ontstaan of nieuwe schulden, werd het de schuldenaar soms toegestaan om tijdens de verlenging alleen het bewindvoerderssalaris aan de boedel te voldoen en de rest van zijn aflossingscapaciteit te gebruiken om de ontstane boedelachterstand of nieuwe schulden weg te werken. Daarbij werd wel geredeneerd dat de crediteuren niets tekort kwamen, zolang er maar in totaal zesendertig keer de juiste boedelafdracht had plaatsgevonden, of daarvoor nu een verlenging nodig was of niet. Daarentegen werd een schuldenaar, die bijvoorbeeld niet had voldaan aan de sollicitatieverplichting, gedurende een verlenging gehouden aan alle verplichtingen, omdat hij zich niet maximaal had ingespannen om zoveel mogelijk baten in de boedel te brengen ten behoeve van zijn crediteuren.

Met het verstrijken van de termijn van artikel 349a Fw eindigen de verplichtingen van de schuldenaar. Dat einde treedt van rechtswege in en de A-G vindt in de wet geen grondslag voor het automatisch, zonder rechterlijke beslissing laten doorlopen van de schuldsaneringsverplichtingen na het verstrijken van de termijn van artikel 349a Fw. Daaraan verbindt hij de conclusie dat de verplichtingen uit de wettelijke schuldsanering niet gelden tussen het moment waarop de termijn van artikel 349a Fw afloopt en de beslissing tot verlenging onherroepelijk is geworden: het vacuüm. Een dergelijke strakke regel is in de ogen van de A-G ook wenselijk, omdat er anders complicaties rijzen wanneer het verlengingsverzoek uiteindelijk wordt afgewezen, bijvoorbeeld wanneer onterecht gedane boedelafdrachten moeten worden teruggedraaid. Dat soort zaken kan dan weer aanleiding geven voor nadere procedures en

rechterlijke bemoeienis, hetgeen hij onwenselijk acht.

3. De motivering van de Hoge Raad

Zowel de A-G als de Hoge Raad leiden uit de parlementaire geschiedenis van artikel 349a Fw af dat de wetgever een voorziening heeft willen treffen:

Voor gevallen waarin na ommekomst van de reguliere termijn nog geen schone lei kan worden verleend, maar de verwachting is gerechtvaardigd dat dit na een (korte) verlenging van die termijn wel mogelijk zal zijn.

In dat licht verdient het volgens de Hoge Raad aanbeveling en daarmee volgt hij de A-G in zijn argumentatie:

Dat de rechter die de termijn van de schuldsaneringsregeling verlengt, zich in zijn beslissing niet ertoe beperkt de duur van die verlenging te bepalen, maar ook preciseert welke in het algemeen uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen gedurende de termijn van de verlenging voor de desbetreffende schuldenaar gelden.

Daarna herhaalt de Hoge Raad nog maar eens, dat de schuldsanering voor de toepassing van de tweede afdeling van titel III Fw eindigt door het aflopen van de termijn van artikel 349a Fw. In dat kader wordt ook wel gesproken van het materiële einde van de schuldsanering, inhoudende dat er voor de schuldenaar geen verplichtingen meer gelden. Volgens de Hoge Raad geldt dat ook als na het aflopen van de termijn nog beslist moet worden over een verlenging daarvan. Zodra die verlengingsbeslissing dan onherroepelijk is geworden – en positief uitpakt voor de schuldenaar – herleven de verplichtingen weer.

Het antwoord op de tweede prejudiciële vraag van Gerechtshof 's-Hertogenbosch luidt daarom dat er tijdens het vacuüm voor de schuldenaar geen verplichtingen gelden.

4. Belangrijke overweging ten overvloede

Toch mag de rechter zich van de Hoge Raad bij zijn oordeelsvorming over verlenging van de termijn niet beperken tot hetgeen er is gebeurd tijdens de reguliere looptijd, zie r.o. 3.6.3:

De rechter is gehouden om in dit verband acht te slaan op alle relevante feiten en omstandigheden, waaronder de gedragingen van de schuldenaar in de periode die is gelegen tussen het moment waarop de termijn van art. 349a lid 1 Fw afloopt en het moment waarop wordt beslist omtrent de verlenging van de termijn van de schuldsaneringsregeling.

Volgens de Hoge Raad staat de omstandigheid dat het aflopen van de termijn van rechtswege tot gevolg heeft dat de verplichtingen van de schuldenaar eindigen – het materiële einde van de schuldsanering – daaraan niet in de weg.

5. Betekenis van het antwoord van de Hoge Raad voor de kernverplichtingen

De beantwoording door de Hoge Raad van de prejudiciële vragen van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch is op zich duidelijk. Zolang na ommekomst van de termijn van artikel 349a Fw niet onherroepelijk is beslist over een eventuele verlenging, geldt er voor de schuldenaar strikt genomen geen enkele verplichting. In het licht van de hiervoor in paragraaf vier geciteerde overweging ten overvloede, zal hierna per kernverplichting een inschatting worden gemaakt of dat in de praktijk ook werkelijk zo is.

a. De informatieverplichting

Bij de beslissing over een verlenging moet de rechter ook rekening houden met hetgeen er tijdens het vacuüm is gebeurd. De vraag is dan hoe de rechter daarvan op de hoogte raakt. Zolang er nog niet onherroepelijk over een verlenging is beslist, loopt de schuldsanering (formeel) nog en kunnen de verplichtingen herleven. Een schuldenaar hoeft geen informatie, die voor een goed verloop van de schuldsanering van belang is, aan de bewindvoerder te verstrekken, maar hoe moet de rechter dan voldoen aan de door de Hoge Raad opgelegde verplichting om bij de beslissing op een verlengingsverzoek alle relevante feiten en omstandigheden, inclusief de gedragingen van de schuldenaar tijdens het vacuüm, in aanmerking te nemen?

Moet de schuldenaar, om zijn kans op verlenging niet te verprutsen, niet gewoon doorgaan met het verstrekken van informatie? De bewindvoerder hoeft daar niets mee te doen tot er een behandeling van het verlengingsverzoek plaatsvindt. In het vacuüm beheert hij immers wel de boedel, maar houdt hij geen toezicht op de naleving van de voor de schuldenaar uit de schuldsanering voortvloeiende verplichtingen, want die zijn er niet. Verslagen zal de bewindvoerder gedurende die periode ook niet hoeven in te dienen, maar voor de uiteindelijke afronding van zijn taak is het wel nuttig wanneer hij op de hoogte blijft van de ontwikkelingen in de schuldsanering van 'zijn' schuldenaar. Op het punt van de informatieverwerking lijkt slechts een minimale inspanning van de bewindvoerder geveerd te kunnen worden, hetgeen temeer aanvaardbaar is zolang de bewindvoerder er niet zeker van is dat hij tijdens het vacuüm aanspraak kan maken op de normale beloning. Desondanks zal van de bewindvoerder bij de verdere behandeling van een verlengingsverzoek verwacht worden, dat hij de rechter kan informeren over de meest recente stand van zaken. Dat kan hij

alleen wanneer hij beschikt over de nodige informatie.

b. De inspanningsverplichting

Een sollicitatieplichtige schuldenaar hoeft tijdens het vacuüm niet te solliciteren, maar dat zal zijn kansen op een verlenging bepaald niet vergroten, omdat de rechter die over de verlenging moet beslissen ook rekening moet houden met hetgeen er op dat punt tijdens het vacuüm is gebeurd. Tijdens het vacuüm hoeft een schuldenaar van de Hoge Raad dus niet te solliciteren, maar in werkelijkheid doet hij zichzelf de das om als hij het niet doet. En ook hierover kan de rechter zich geen oordeel vormen als de schuldenaar de bewindvoerder niet van zijn sollicitatieactiviteiten op de hoogte heeft gehouden. Hetzelfde geldt voor de schuldenaar die bij het aflopen van de termijn van de schuldsanering een full-time baan had, maar tijdens het vacuüm door eigen schuld zijn baan verliest.

Een tijdens het vacuüm opengevallen erfenis of een winnend lot uit de loterij vallen niet in de boedel, maar het lijkt onverstandig als de schuldenaar zich, na drie jaar op een houtje te hebben moeten bijten, daarmee eens lekker verwent en bij de behandeling van het verlengingsverzoek aan de rechter moet uitleggen dat er niets meer van over is.

c. De verplichting om geen bovenmatige nieuwe schulden te laten ontstaan

Uiteraard is het niet de bedoeling van de schuldsaneringsregeling dat een schuldenaar na het verkrijgen van een schone lei opnieuw in een uitzichtloze schuldenpositie terecht komt. Toch kan dat gebeuren, maar dan heeft de schuldenaar gedurende tien jaar geen toegang tot de regeling (art. 288 lid 2d). Wat nu als er tijdens het vacuüm bovenmatige nieuwe schulden ontstaan? Moet er dan in het licht van de beslissing van de Hoge Raad een soort nieuwe toelatingstoets plaatsvinden op de voet

van art. 288 Fw? Of hoeft slechts te worden beoordeeld of de schuldenaar een verwijt treft van het ontstaan van die schulden, zoals ook gebeurt bij een toelatingszitting op grond van artikel 288 lid 2 sub d Fw? Is dat niet het geval, dan lijkt er geen beletsel te zijn voor verlenging van de schuldsaneringsregeling (zie bijvoorbeeld HR 12 juni 2009, ECLI:NL:HR:BI0455). In het andere geval kan de rechter in het niet te goeder trouw ontstaan van nieuwe schulden weer aanleiding vinden om afwijzend te beslissen op een verlengingsverzoek.

d. De afdrachtverplichting

Over het niet gelden van deze verplichting kan, althans voor zover het het vacuüm betreft, geen enkel misverstand bestaan. Tijdens het vacuüm hoeft er niets aan de boedel te worden afgedragen. In de praktijk zal moeten blijken of de Hoge Raad hiermee niet de deur heeft opgezet voor een stroom van appel- en cassatieprocedures. Het volgende voorbeeld maakt dat duidelijk.

Een echtpaar is toegelaten tot de schuldsaneringsregeling. Omdat beiden een redelijk goed betaalde baan hebben, is hun afdrachtverplichting door de bewindvoerder berekend op € 500 per maand. De reguliere termijn van de schuldsanering loopt af, maar er moet nog beslist worden op een verlengingsverzoek van de bewindvoerder. Omdat de regeling bepaald niet vlekkeloos is verlopen, wijst de rechtbank dat verzoek toe voor de maximum termijn van twee jaar. Schuldenaren zijn het daar niet mee eens en laten hoger beroep aantekenen. Omdat zij zijn toegelaten tot de schuldsaneringsregeling kunnen zij dat doen op toevoegingsbasis, hetgeen hen hooguit een beperkte eigen bijdrage kan kosten. Het hof bekrachtigt de beslissing van de rechtbank en schuldenaren laten beroep in cassatie aantekenen op dezelfde basis als het hoger beroep. Stel dat met dit alles twaalf maanden gemoeid zijn, dan 'besparen' de

schuldenaren daarmee een bedrag van € 6.000 minus de eigen bijdragen. Voor schuldenaren maakt dat het wel heel aantrekkelijk om gebruik te maken van de mogelijkheid om rechtsmiddelen in te stellen.

Gevreesd moet daarom worden dat het vacuüm niet mee gaat tellen bij de vaststelling van de totale duur van de schuldsanering. De eerste tekenen wijzen al in die richting. In een arrest van 9 april 2015, waarin Gerechtshof 's-Hertogenbosch de schuldsaneringsregeling van een echtpaar na afloop van de reguliere termijn verlengt, geeft het hof (ECLI:NL:GHSHE:2015:1380) de berekeningswijze van de Hoge Raad aldus weer (r.o. 7.4.3):

In genoemde berekeningswijze is immers de maximale (mogelijke) verlenging twee jaar na het onherroepelijk worden van de onderhavige verlengingsuitspraak.

Hoe dat te rijmen valt met de bedoeling van de wetgever¹, die keer op keer heeft aangegeven dat drie jaar een aanvaardbare duur van een schuldsanering is, die slechts bij uitzondering maximaal vijf jaar mag zijn, blijft onduidelijk.

Al met al levert dit geen fraai beeld op, zeker niet voor een schuldenaar die meent eindelijk - in elk geval tijdelijk - bevrijd te zijn van het juk van de schuldsanering. Tijdens het vacuüm gelden er geen verplichtingen, maar als hij kans wil maken op een verlenging van zijn schuldsanering, zal hij er goed aan doen die verplichtingen - behalve de afdrachtverplichting - gewoon te blijven nakomen. Was er nu echt geen andere benadering mogelijk? In de conclusie wordt daar nader op in gegaan.

6. Conclusie

Uiteraard verdient het aanbeveling om tijdens de reguliere looptijd over een verlenging

te beslissen, zoals de A-G in zijn conclusie aangeeft (randnummer 4.1) en de Hoge Raad (r.o. 3.5.5) 'adviseert'. De A-G meent zelfs dat er van het systeem van de artikel 352 jo. 356 Fw en dus van de 'dreiging' van het materiële einde van de schuldsanering voor de bewindvoerder en de rechter een stimulans uitgaat om inderdaad binnen de reguliere looptijd over een verlenging te beslissen. Of dat ook werkelijk zo is, is zeer de vraag en bovendien lost dat het probleem slechts gedeeltelijk op, omdat er altijd rechtsmiddelen kunnen worden ingesteld en het nu eenmaal niet altijd mogelijk is om ook daarop nog gedurende de reguliere termijn te beslissen. Toch mag dat, of iets anders waarop de schuldenaar geen invloed heeft, er niet de oorzaak van zijn dat een schuldenaar een allerlaatste kans op een schone lei misloopt. Dan is het zaak, zoals in het eerste deel van dit artikel betoogd, dat er inderdaad tijdens de reguliere looptijd een eerste beslissing wordt genomen over een eventuele verlenging. Dat zal slechts uiterst zelden een probleem op hoeven leveren, omdat binnen enkele uren door de rechter-commissaris op een verlengingsverzoek kan worden beslist, terwijl de aanleiding voor een dergelijk verzoek zich hoogst zelden op het allerlaatste moment zal manifesteren. Een goed voorbeeld van dat laatste valt te lezen in HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3678.

De A-G zegt in de wet geen grondslag te vinden voor het automatisch, zonder rechterlijke beslissing laten doorlopen van de schuldsaneringsverplichtingen na het verstrijken van de termijn van artikel 349a Fw. Daaraan verbindt hij de conclusie dat er tijdens het vacuüm geen verplichtingen gelden. Het is echter de vraag of die conclusie ook op gaat als er tijdens de reguliere looptijd beslist is - hetzij toewijzend, hetzij afwijzend - op een verlengingsverzoek, waarover na afloop van de termijn wordt voortgeprocedeerd. Goed verdedigbaar is dat er dan nog geen sprake is van een materieel einde van de schuldsanering

en in de visie van de Hoge Raad kunnen de verplichtingen alleen daardoor eindigen. Het materiële einde zal meestal samenvallen met het verstrijken van de reguliere termijn, maar het einde kan zowel worden vervroegd (door middel van de vereenvoudigde procedure van artikel 354a Fw) als worden uitgesteld door middel van een verlengingsbeslissing ex artikel 349a Fw. In beide gevallen moeten de verplichtingen geacht worden gewoon door te lopen totdat er een rechterlijke beslissing is genomen. Valt de verlengingsbeslissing positief uit voor de schuldenaar, waardoor hem nog een allerlaatste kans op een schone lei wordt geboden, dan zal hij voor de duur van de verlenging moeten voortgaan met het voldoen aan zijn verplichtingen. Wordt het verlengingsverzoek afgewezen, dan treedt met het onherroepelijk worden van de verlengingsbeslissing ook het materiële einde van de schuldsanering in. Er hoeft dan alleen te worden nagegaan of er na het verstrijken van de reguliere looptijd 'ten onrechte' boedelafdrachten zijn gedaan. Het bedrag daarvan kan aan de schuldenaar worden gerestitueerd, eventueel na verrekening van een tijdens de looptijd ontstane boedelachterstand². Het grote voordeel van deze benadering is, dat er zo geen vacuüm ontstaat en dat het systeem van de schuldsaneringsregeling niet onnodig vertroebeld wordt.

In dit systeem weten alle bij een schuldsanering betrokkenen exact waar zij aan toe zijn. De schuldenaar dient zich te houden aan al zijn verplichtingen. In de periode tussen het aflopen van de termijn en het onherroepelijk worden van de beslissing op het verlengingsverzoek heeft hij al de gelegenheid om, waar het eerder niet helemaal goed is gegaan, te laten zien dat hij wel correct aan zijn verplichtingen kan voldoen. Daarmee kan hij de kans op verlenging aanzienlijk vergroten. De bewindvoerder blijft toezicht houden op de naleving van de verplichtingen door de schuldenaar, zodat hij bij gelegenheid van een

zitting over alle voor de beslissing van de rechter relevante informatie beschikt. En omdat hij zijn volledige taak blijft uitvoeren, kan er ook geen discussie zijn over de vraag of hij tijdens de tussenperiode aanspraak kan maken op het bewindvoerderssalaris. De rechter-commissaris blijft gewoon toezicht houden, zoals de wet voorschrijft.

Komt er een verlenging, dan hoeft iedereen niet opnieuw in de startblokken, maar loopt de schuldsanering gewoon door voor de duur van de verlenging, waarna altijd opnieuw een eindoordeel zal moeten worden geveld op de voet van artikel 352 jo. 356 Fw. Komt er geen verlenging, dan hoeft – zoals gezegd – alleen te worden nagegaan hoeveel ten onrechte door de schuldenaar aan de boedel is afgedragen, welk bedrag vervolgens aan de schuldenaar kan worden gerestitueerd. De A-G vreest op dit punt (randnummer 4.5) nadere procedures en de noodzaak voor rechterlijke bemoeienis, maar dat lijkt ten onrechte. Voor de bewindvoerder is – mits hij over de door de schuldenaar aan te leveren informatie beschikt – op redelijk eenvoudige wijze te berekenen hoeveel er ten onrechte is afgedragen. Beschikt de bewindvoerder niet over de nodige informatie, dan dient dat voor rekening van de schuldenaar te blijven, zoals dat ook tijdens de reguliere looptijd het geval is. En als hierover al een procedure zou ontstaan, dan is dat een aanzienlijk eenvoudiger kwestie voor de rechterlijke macht dan het uitvoeren van een soort nieuwe toelatingstoets in verband met een verlengingsbeslissing na afloop van de reguliere termijn.

De vraag van de totale duur van de schuldsanering doet zich in de hier bepleite benadering niet voor. Die duur is en blijft maximaal vijf jaar. Er ontstaat geen vacuüm en daar hoeft dus ook geen rekening mee te worden gehouden.

Tot slot zij nog maar eens herhaald: als er aanleiding zou zijn geweest voor een verlenging, maar daarover is niet beslist tijdens de reguliere looptijd, kan een schuldenaar alleen op basis van artikel 354 lid 2 Fw nog in aanmerking komen voor een schone lei. Reden temeer voor bewindvoerders en rechters-commissarissen, die in het algemeen toch degenen zijn die het initiatief nemen voor een verlenging, zich tijdig voor het einde van de reguliere termijn van een schuldsanering af te vragen of een verlenging al dan niet aan de orde moet worden gesteld.

- 1 *In zijn conclusie van 24 februari 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BV0890, geeft A-G Timmerman een uitgebreide samenvatting van de parlementaire discussie op dit punt (randonummers 3.3.1–3.3.4).*
- 2 *F.M.J. Verstijlen bepleit in zijn noot onder dit arrest (NJ 2014/470) dat het vermogen dat een schuldenaar tijdens het vacuüm verwerft in de saneringsboedel valt en dus toekomt aan de schuldeisers. Daartoe zou ook hetgeen 'teveel' is afgedragen gerekend kunnen worden, maar dat lijkt in strijd met het maatwerk dat A-G en Hoge Raad propageren voor een verlenging.*

14 - Afkoop van een levensverzekering in faillissement en schuldsanering in de jurisprudentie (II)

Berend Engberts

Rb. Oost-Brabant 8 februari 2013, LJN BZ1801¹

Rb. Haarlem 29 april 2011, LJN BQ4139

1. Inleiding

In het eerste deel van dit artikel (*WP* 2014/4 nr. 27) is de afkoop van levensverzekeringen in insolventies toegelicht en zijn drie uitspraken over de afkoop van levensverzekeringen besproken. In dit deel II zullen besproken worden Rb. Oost-Brabant 8 februari 2013, LJN BZ1801 (geldt het fiscaal afkoopverbod ook voor 'oude' levensverzekeringen?) en Rb. Haarlem 29 april 2011, LJN BQ4139 (afkoop onredelijk benadelend?). In een extra paragraaf ga ik in op de korte hogerberoepstermijn van beschikkingen van de rechter-commissaris (ex art. 22a Fw). Ik sluit af met een korte samenvatting.

2. Geldt het fiscaal afkoopverbod ook voor 'oude' levensverzekeringen? – Rb. Oost-Brabant 8 februari 2013, LJN BZ1801

In een uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant (8 februari 2013, LJN BZ1801) had de rechter-commissaris toestemming gegeven om twee levensverzekeringen af te kopen. De beide betrokken levensverzekeringsmaatschappijen waren bereid tot afkoop over te gaan. De beide gefailleerden – als begunstigden aangewezen op beide polissen – gingen van deze beschikking in hoger beroep bij de rechtbank. Zij betoogden dat de levensverzekeringen niet konden worden afgekocht omdat dat contractueel was uitgesloten en dit verbod aan de curator kon worden tegengeworpen. Subsidiair stelden zij dat de curator door de afkoop van de levensverzekeringen misbruik maakte van de daarvoor door de verzekeringsmaatschappijen te plegen wanprestatie. Bovendien zouden appellanten door de afkoop onredelijk benadeeld worden.

De rechtbank overwoog allereerst dat het niet enkel de verzekeraar is die zich op het fiscale afkoopverbod kan beroepen. Ook de gefailleerden kunnen dat omdat met het opnemen van een dergelijk verbod mede is beoogd de rechten van de verzekeringnemer

en begunstigde te beschermen. Ter zake van één van de polissen stond vast dat sprake was van een fiscaal afkoopverbod. De andere polis was vóór 1992 afgesloten. Voor dergelijke oude polissen geldt onder bepaalde omstandigheden geen fiscaal afkoopverbod (de overgangsregeling van artikel 75 van de Wet op de Inkomstenbelasting 1964). Daarvoor is, gelet op het eerste lid van dit artikel, mede van belang of er sprake is van een op 15 oktober 1990 bestaande lijfrenteovereenkomst, die met betrekking tot het bedrag van de premies nadien niet is verhoogd dan wel van een op 31 december 1991 bestaande lijfrenteovereenkomst ter zake waarvan na die datum geen premies meer zijn voldaan. De rechtbank leidde uit een brief van de verzekeraar en een clauseblad af dat wel sprake was van premiebetalingen na 31 december 1991. De conclusie van de rechtbank was daarom dat ook voor de tweede levensverzekering een fiscaal afkoopverbod gold.

De rechtbank oordeelde echter tevens – evenals in de in deel I besproken uitspraak van 1 februari 2013 (LJN BZ0566) – dat het bestaan van een fiscaal afkoopverbod nog niet betekent dat geen afkoop van de levensverzekeringen mogelijk is. De rechtbank overwoog voorts dat geen sprake was van een situatie waarin de curator misbruik maakt van een door de verzekeringsmaatschappijen te plegen wanprestatie. De rechtbank ging vervolgens in op de vraag of afkoop van de levensverzekeringen onredelijk benadelend was in de zin van art. 22a Fw.

Met het criterium “onredelijke benadeeld” dient, aldus de rechtbank, bovenal getoetst te worden of en zo ja, in hoeverre het een levensverzekering met een verzorgingskarakter betreft, in welk geval uitwinning in beginsel niet dan wel slechts gedeeltelijk is toegestaan. Hierbij staat het belang van de begunstigde voorop. Daarbij is onder meer van belang in hoeverre de desbetreffende levensverzekering

nodig is ter verzorging van de oude dag of nabestaanden naast eventueel reeds elders bestaande aanspraken, zoals die ingevolge de Algemene Ouderdomswet (AOW), al dan niet verplichte (bedrijfs- of beroeps)pensioenregelingen, lijfrenten en dergelijke. In de Nadere Memorie van Antwoord (Eerste Kamer, vergaderjaar 1997–1998, 22 969 en 23 429, nr. 297 pagina 2) heeft de minister uitgelegd dat het criterium ‘onredelijke benadeling’ toestaat dat verzekeringen die niet of niet geheel nodig zijn ter verzorging uitwinbaar zijn.

De rechtbank oordeelde dat voldoende aannemelijk was dat de beide levensverzekeringen een verzorgingskarakter hebben. Er was echter nog een derde levensverzekering (met een afkoopwaarde van € 34.840,-). Deze afkoopwaarde zou met ingang van 19 februari 2014 aan appellant worden uitgekeerd in de vorm van een oudedagslijfrente dan wel, indien appellant vóór die datum komt te overlijden, op het tijdstip van overlijden van appellant aan de bij de levensverzekering aangewezen begunstigten in de vorm van een levenslange lijfrente. Het zou gaan om een maandelijks uitkering van € 155,67. De rechtbank concludeerde daarom dat appellanten, die naast een AOW-uitkering tevens een uitkering ingevolge de Koopkrachttegemootkoming Oudere Belastingplichtigen (KOB) ontvangen, niet onredelijk werden benadeeld door de afkoop van de twee levensverzekeringen. Daar kwam bij dat de gefailleerden ook nog enig inkomen uit loondienst hadden.

Deze uitspraak is op een aantal onderdelen in lijn met de in deel I besproken beslissing van de zelfde rechtbank (Rb. Oost-Brabant 1 februari 2013, LJN BZ0566). Bij de motivering van de beslissing dat geen sprake is van onredelijke benadeling valt op dat geen aandacht is besteed aan het inkomen dat de appellanten in het verleden hebben gehad.

3. Afkoop onredelijk benadelend - Rb. Haarlem 29 april 2011, LJN BQ4139

De laatste uitspraak betrof de vraag of een afkoop al dan niet onredelijk benadelend is. Er waren twee beleggingsverzekeringen met een gezamenlijk waarde van ruim € 25.000,-. Na een daartoe strekkend verzoek van de curator heeft de rechter-commissaris bij beschikkingen van 31 maart 2011 toestemming gegeven tot afkoop van voormelde beleggingsverzekeringen op de voet van artikel 22a Fw. Volgens de gefailleerde was afkoop onredelijk benadelend omdat de verzekeringen ter voorziening van zijn pensioen waren afgesloten en hij naast opgebouwde AOW-rechten geen andere oudedagsvoorziening had. De gefailleerde wees tevens op de aanzienlijke fiscale consequenties van de voorgenomen afkoop van de levensverzekeringen. Ten slotte wees de gefailleerde erop dat hij, gelet op zijn leeftijd, nog maar 15 jaar had om een behoorlijk pensioen op te bouwen, waardoor hij voor een groot deel is aangewezen op de verzekeringen. De rechtbank stelde de gefailleerde in het gelijk omdat duidelijk was dat de levensverzekeringen een verzorgingskarakter hadden nu gefailleerde geen pensioen opbouwde toen hij in 1987 in dienst trad bij een Deense vestiging van een Nederlands bedrijf. Tevens bleek uit een overgelegd pensioenoverzicht (van "mijnpensioenoverzicht.nl") dat hij, naast zijn AOW-aanspraak, geen noemenswaardige pensioenrechten had opgebouwd. Hetzelfde gold voor zijn partner. De som van de AOW-uitkeringen waarop gefailleerde en zijn partner recht hebben en de uit de beleggingsverzekeringen te verwachten uitkeringen liggen, aldus de rechtbank, niet op een zodanig niveau liggen dat het alsdan te genieten inkomen de naar maatschappelijke opvattingen normale kosten van levensonderhoud van de schuldenaar (en zijn partner) te boven gaat. De rechtbank verwees daarbij naar Hof Amsterdam 17 maart 2006, LJN: AX6768. De rechtbank betrok hierbij dat niet te verwach-

ten viel dat de gefailleerde (die geen baan had), gelet op zijn leeftijd (50 jaar), in de toekomst nog voldoende mogelijkheden heeft om een behoorlijk pensioen op te bouwen.

De curator had nog betoogd dat de gefailleerde in het verleden kapitaal, bestemd voor zijn pensioen, voor andere doeleinden had aangewend met het risico dat hij op de pensioengerechtigde leeftijd naast zijn opgebouwde AOW-rechten niet meer over aanvullende pensioengelden zou kunnen beschikken. De rechtbank achtte dit, gegeven het verzorgingskarakter van beide levensverzekeringen, niet relevant. De beschikking van de rechter-commissaris, waarbij toestemming tot verkoop werd gegeven, werd vernietigd.

4. Korte beroepstermijn en taak rechter-commissaris en bewindvoerder

De gefailleerde of schuldenaar kan bij de rechtbank in beroep komen van de beslissing van de rechter-commissaris waarbij deze toestemming geeft tot afkoop van een levensverzekering. De beroepstermijn is slechts vijf dagen (art. 67 jo. 315 Fw). Het hoger beroep moet de schuldenaar door een advocaat laten instellen. Voor de bewindvoerder geldt deze eis niet (art. 361 Fw). In deel 1 schreef ik nogal terloops dat deze korte beroepstermijn begint te lopen op het moment dat de betrokkene op de hoogte is gesteld van de beslissing/beschikking. Binnen de redactie van *Wsnp Periodiek* werd ik erop gewezen dat dat niet juist is en dat de hoofdregel is dat de termijn begint te lopen op de dag na het geven van de beslissing (beschikking) door de rechter-commissaris. Ik zal daarom hierna de jurisprudentie over het ingaan van beroepstermijnen na het geven van een beschikking (niet alleen die van art. 67 Fw dus) bespreken. Dit doe ik, met het oog op de omvang van de bijdrage, niet uitputtend. Ik sluit deze paragraaf af met enkele aanbevelingen.

De Hoge Raad heeft in 1992 (10 januari 1992, NJ 1992,195 Balkema/De Ranitz q.q.) beslist dat de beroepstermijn van vijf dagen ingaat op de dag waarop de rechter-commissaris de beschikking geeft. Hij wees er in deze uitspraak op dat bezwaren tegen de korte termijn ten dele kunnen worden ondervangen doordat het beroepsschrift niet de gronden behoeft in te houden waarop het beroep berust, terwijl van de rechter-commissaris mag worden gevergd dat hij erop toeziet dat zijn beschikking onverwijld ter kennis wordt gebracht van een hem bekende belanghebbende. Op dat laatste wordt echter geen sanctie gesteld. Uit latere uitspraken van de Hoge Raad kan mijns inzien worden afgeleid dat deze regel veel minder hard is dan het lijkt en dat de beroepstermijn niet steeds begint te lopen vanaf de dag waarop de beschikking wordt gegeven. Ten eerste heeft de Hoge Raad in 2003 (28 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN8489, NJ 2005/465) in een verzoekschriftprocedure op grond van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering beslist dat de beroepstermijn soms kan worden verlengd. Dit kan als degene die het rechtsmiddel instelt ten gevolge van een door rechtbank of hof gemaakte fout niet tijdig wist (en redelijkerwijs ook niet kon weten) dat de rechter een beschikking had gegeven en de beschikking hem pas na afloop van de termijn voor het instellen van een rechtsmiddel toegezonden of verstrekt. In dat geval moet de beroepstermijn verlengd worden met een termijn van – in het geval van een beschikking van de rechter-commissaris – vijf dagen na de dag van verstrekking of verzending van de beschikking. Dit geldt volgens de Hoge Raad ook als de rechtbank of het hof de beschikking nog wel binnen de beroepstermijn heeft verzonden, maar zo laat dat daartegen binnen die termijn redelijkerwijs zelfs niet meer een beroepsschrift kan worden ingediend waarin de gronden voor het beroep niet zijn opgenomen. Dit geval zal zich bij een beroepstermijn van vijf dagen snel voordoen. De Hoge Raad komt tot deze

‘regels’ omdat het in een verzoekschriftprocedure, door het ontbreken van een rol, voor een procespartij niet eenvoudig is na te gaan wanneer een uitspraak volgt, indien de rechter niet heeft medegedeeld op welke datum die uitspraak wordt gedaan, en dat het daarnaast door het ontbreken van een uitspraak ter rolle ook niet mogelijk is eenvoudig te achterhalen dat uitspraak is gedaan. Dit geldt ook voor procedures op grond van de Faillissementswet, zoals blijkt uit een uitspraak van de Hoge Raad van 11 juli 2014 (ECLI:NL:HR:2014:1682, NJ 2014/359). In deze zaak had een schuldenaar pas 16 dagen na de beslissing van de rechtbank (tot tussentijdse beëindiging) hoger beroep ingesteld. De Hoge Raad besliste dat als de datum van de uitspraak niet is medegedeeld (er was slechts gezegd ‘over twee weken’) en gesteld is dat de uitspraak pas na het verstrijken van de beroepstermijn is ontvangen, dit laatste onderzocht moet worden. De Hoge Raad betrok hierbij dat de schuldenaar in de procedure bij de rechtbank geen advocaat had. Uit deze beslissing moet worden afgeleid dat in het bevestigende geval (datum uitspraak niet vooraf bekend) sprake is van een fout van de rechtbank en dat de beroepstermijn dan verlengd moet worden.

Een blik op de besproken uitspraken en andere jurisprudentie over art. 22a leert dat de rechter niet steeds uitgaat van de datum van de beslissing van de rechter-commissaris. In de eerste uitspraak (Rb. Oost-Brabant 8 februari 2013, LJN BZ1801) was de beschikking op 21 december 2012 gegeven en op 27 december 2012 verzonden. Het beroep werd op 31 december 2012 ingesteld. De rechtbank vond dit tijdig omdat de gefailleerde niet eerder dan 27 december 2012 van de beslissing op de hoogte was gebracht. De beroepstermijn ging daarom volgens de rechtbank op 27 december 2012 lopen. In de tweede uitspraak in deel I (Rb. Rotterdam 14 mei 2012, LJN BW7584) had de rechter-commissaris bij brief van 13 maart

2012 aan de schuldenaren bericht dat was besloten tot volledige afkoop van de levensverzekering. Een verzoek tot herroeping was afgewezen bij brief van 19 maart 2012. Op die dag zijn schuldenaren in beroep gekomen van beide besluiten/brieven. De rechtbank vond dit tijdig. De rechtbank liet zich overigens niet uit over de vraag of een afgewezen verzoek tot herziening als een appellabele beschikking in de zin van art 67 Fw valt te zien. Als dat zo is, kan elke overschrijding van de beroepstermijn met zo'n 'tweede rondje' worden ondervangen, hetgeen merkwaardig op mij overkomt.

Dit alles – een uitputtende beschrijving van de jurisprudentie is niet gegeven – overziende, meen ik dat een juiste werkwijze in deze is dat de bewindvoerder en/of rechter-commissaris de gefailleerde of schuldenaar altijd in de gelegenheid stellen om te reageren op het verzoek tot toestemming voor afkoop van de levensverzekering. Het in art. 6 EVRM neergelegde beginsel van hoor en wederhoor (maar ook de aard van de toetsingsmaatstaf) brengt dat met zich mee. Ten tweede dient de rechter-commissaris de schuldenaar erover te informeren op welke datum hij een beslissing zal nemen. Ten derde dient de rechter-commissaris erop toe te zien dat de beschikking dezelfde dag aan de schuldenaar wordt verzonden. Dit dient zodanig te gebeuren dat de schuldenaar de beschikking dezelfde dag nog ontvangt (per e-mail of fax). Desnoods dient telefonisch te worden medegedeeld dat een beschikking is gegeven en dat deze (per post) is verzonden. De bewindvoerder dient daar tevens op toe te zien. Indien deze regels in acht worden genomen, geldt dat de beroepstermijn loopt vanaf de datum waarop de beschikking wordt gegeven.

5. Korte samenvatting

De besproken jurisprudentie kan in het volgende worden samengevat:

- Toestemming tot afkoop van een levensverzekering door de rechter-commissaris (art. 22a Fw) doet niet af aan een eventueel afkoopverbod op grond van art. 7:986 lid 4 BW. Art. 22a Fw heeft namelijk niet de strekking om bevoegdheden van de curator of bewindvoerder uit te breiden.

- Als een verzekeringsmaatschappij ondanks een afkoopverbod (art. 7:986 lid 4 BW) instemt met afkoop, dan mag de curator of bewindvoerder daartoe overgaan, tenzij de gefailleerde of schuldenaar daardoor onredelijk wordt benadeeld in de zin van art. 22a Fw.

- Als een lijfrentekoopsompolis tijdens de insolventie vrijvalt, geldt art. 22a Fw niet. De curator of bewindvoerder kan bepalen dat een zodanige lijfrente wordt gekocht dat de uitkeringen zoveel mogelijk in de boedel vallen. Ook hierbij geldt dat dit slechts kan voor zover de gefailleerde of schuldenaar hierdoor niet onredelijk wordt benadeeld.

- Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van onredelijke benadeling is primair van belang of de afgesloten levensverzekering een verzorgingskarakter heeft. Dit moet hoofdzakelijk worden beoordeeld naar het moment waarop de levensverzekering tot stand kwam. Indien de verzekering een verzorgingskarakter heeft, dient te worden nagegaan welke pensioenvoorzieningen (zie ook mijnpensioenoverzicht.nl) en welke mogelijkheden er voor de begunstigde (nog) zijn om een pensioen op te bouwen. Dit laatste dient te worden gerelateerd aan het inkomen dat de begunstigde (meestal: gefailleerde of schuldenaar) in het verleden had. Dat in het verleden kapitaal, bestemd voor pensioen, voor andere doeleinden zijn bestemd, is in beginsel niet van belang.

Vanwege de zeer korte beroepstermijn van art. 67 (jo. 315) Fw beveel ik ten eerste aan om de schuldenaar steeds in de gelegenheid te

stellen om te reageren op een verzoek van de bewindvoerder (aan de rechter-commissaris) om toestemming tot afkoop van een levensverzekering. De rechter-commissaris en bewindvoerder dienen er voorts, ten tweede, op toe te zien dat de schuldenaar een beschikking ex art. 22a Fw (waarbij toestemming voor afkoop van een levensverzekering wordt gegeven) op de dag waarop deze wordt gegeven door de schuldenaar wordt ontvangen.

De regeling voor de afkoop van levensverzekeringen tijdens insolventie (schuldsanering en faillissement) is complex. Met dit artikel hoop ik daarover duidelijkheid te hebben verschaft.

1 Ik gebruik – voor zover van toepassing – de oude LJN-nummering omdat invoering van dit nummer in de zoekbalk op rechtspraak.nl volstaat.

15 - Nieuws in het kort

Wanneer verkorting looptijd schuldsaneringsregelingen?

Op 2 maart 2015 heeft Recofa een notitie over de verkorting van de looptijd van schuldsaneringen vastgesteld (zie: www.rechtspraak.nl/procedures/landelijke_regelingen). Aanleiding voor deze notitie is de constatering dat de rechtbanken zeer verschillend omgaan met de vraag of gebruik kan worden gemaakt van de wettelijke mogelijkheid tot verkorting van de looptijd van de schuldsaneringsregeling (art. 349a en 354a Fw). In de notitie zijn daarom uitgangspunten bij de beoordeling van verzoeken tot verkorting van die looptijd geformuleerd. Kort samengevat is bepaald dat de rechter-commissaris in alle schuldsaneringen uiterlijk na 15 maanden beziet of er aanleiding is om de looptijd te verkorten. In het bevestigende geval wordt de bewindvoerder gevraagd om de rechter-commissaris mee te delen of hij het daarmee eens is of niet. Als de reactie van de bewindvoerder de rechter-commissaris geen aanleiding geeft tot wijziging van zijn conclusie, leidt de rechter-commissaris het er toe dat de looptijd wordt verkort ex art. 349a lid 2 Fw danwel een voordracht (aan de rechtbank) ex art. 354a Fw wordt gedaan. De looptijd van de schuldsaneringsregeling kan worden verkort als de schuldenaar al zijn verplichtingen nakomt, alle bekende baten zijn gerealiseerd (en er binnen de reguliere termijn geen baten meer zijn te verwachten), de schuldenaar niet kan 'sparen' en niet zal kunnen gaan sparen voor de boedel en er geen sollicitatieplicht geldt. De notitie vermeldt uitdrukkelijk dat artikel 1.7 van de Recofa-richtlijnen voor schuldsaneringen blijft gelden. Art. 1.7 ziet op verkorting van de termijn wegens voorafgaand faillissement of voorafgaande surseance en het uitgangspunt dat sparen in het minnelijk traject of loonbeslag in die fase in beginsel niet tot verkorting van de looptijd leidt.

Griffiekosten

Per 1 januari 2015 is door Recofa vastgesteld dat in schuldsaneringsregelingen waarbij sprake is van een gemeenschap van goederen voortaan dubbel griffierecht in rekening is te brengen omdat het twee natuurlijke personen betreft. De vraag is of deze beslissing juist is. Artikel 17 van de Wet griffierechten burgerlijke zaken van 30 september 2010 koppelt de heffing van griffierecht aan het deponeren van de eerste uitdelingslijst of het in kracht van gewijsde gaan van homologatie van een akkoord. Bij gemeenschap van goederen is er sprake van één uitdelingslijst. Recofa heeft niet naar buiten gebracht op welke basis er bij gemeenschap van goederen dubbele griffierechten in rekening worden gebracht. Inmiddels is gebleken dat niet alle rechtbanken de Recofa-richtlijn volgen.

16 - Actuele rechtspraak kort

Publicaties tot en met 12 april 2015

1. Hof Amsterdam 11 maart 2014, ECLI:NL:GHAMS 2014:669 (art. 288 lid 3 Fw)

Toelating alleenstaande moeder tot Wsnp ondanks gebrek aan goede trouw, hardheidsclausule. Het hof oordeelt dat verzoekster niet te goeder trouw is geweest gezien (a) de schuld aan DWI van € 12.832,47, ontstaan door het verkrijgen van een uitkering naast haar inkomen uit werk, en (b) een (kinderopvang)schuld van € 10.090,98 aan stichting OPA. Hetgeen verzoekster heeft gesteld over haar geestestoestand na het overlijden van haar vader, dat zij gewend was een dergelijk bedrag te verdienen, haar DWI-behandelaar er nooit op heeft gewezen dat zij informatie diende te verschaffen en dat zij niet wist dat zij tegen het terugvorderingsbesluit bezwaar kon maken – leidt niet tot een ander oordeel. Het hof acht evenwel gronden aanwezig om verzoekster alsnog tot de schuldsanering toe te laten, nu voldoende aannemelijk is geworden dat zij de omstandigheden die bepalend waren voor het ontstaan en onbetaald laten van haar schulden onder controle heeft gekregen. Het hof neemt in aanmerking dat verzoekster, als alleenstaande ouder van twee kinderen, zich heeft ingespannen haar leven weer op de rit te krijgen. Verzoekster heeft het overlijden van haar vader een plaats kunnen geven en heeft voor haar financiële situatie de hulp ingeroepen van de dienst schuldhulpverlening van de gemeente Zaanstad. Verzoekster heeft haar administratie weer op orde, heeft geen nieuwe schulden laten ontstaan, is hard op zoek naar werk en toont zich gemotiveerd – er bestaat vertrouwen dat verzoekster haar saneringsverplichtingen naar behoren zal nakomen.

2. Hof Den Haag 22 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS 2014:4488 (art. 288 lid 1 sub b Fw; art. 17 Gw en art. 6 EVRM)

Na toepassing van de schuldsaneringsregeling door Rechtbank Den Haag, stellen drie schuldeisers tevergeefs hoger beroep in tegen de toelating. De schuldeisers verzoeken het hof (1) als belanghebbenden in de procedure te worden toegelaten, te worden gehoord en afschrift te ontvangen van het Wsnp-verzoek en andere dossierstukken, (2) het Wsnp-verzoek af te wijzen, subsidiair (3) het verzoek van de schuldeisers te betrekken bij de beoordeling van het Wsnp-verzoek. Verzoekers voeren aan dat de procedure tot toepassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling in strijd is met Europese regelgeving wegens schending van fundamentele rechtsbeginselen. Omdat geen hoor en wederhoor wordt toegepast, wordt verzoekers een (effectieve) toegang tot de rechter onthouden (art. 17 Gw en art. 6 EVRM). Volgens verzoekers is niet voldaan aan de criteria van art. 288 lid 1 aanhef, sub a en b (insolventie; goede trouw). Het hof wijst het subsidiaire verzoek om de stukken aan het dossier toe te voegen, toe, maar wijst – gelijk Rechtbank Den Haag in eerste instantie – de andere verzoeken af. Het hof verwijst naar de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam 19 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2545 (en de publicatie ‘Crediteurenbelang en hoorplicht’ van mr. G.H. Lankhorst in Bb 2014/40), en citeert: ‘4.2. De procedure tot toepassing van de schuldsanering valt (net als de procedure tot faillietverklaring) onder het bereik van artikel 6 EVRM, dat uitgaat van een openbare behandeling. Met inachtneming van de uitspraak van de Hoge Raad van 26 juni 1981, NJ 1982/450 dient echter te worden aangenomen dat de belangen van de schuldenaar zich in het algemeen ertegen zullen verzetten dat de behandeling in het openbaar plaats vindt. Behandeling achter gesloten deuren is daarbij vooral ingegeven door de behoefte aan privacy en eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de schuldenaar. Dit geldt

in het bijzonder bij de behandeling van een schuldsaneringsverzoek. De verzoeker moet daarbij openheid geven over veel persoonlijke gegevens. De aanwezigheid van een schuldeiser, met wie een conflict bestaat dat al tot een aantal procedures heeft geleid, kan hieraan in de weg staan en aldus belemmeren dat het verzoek op de juiste wijze wordt behandeld. De wetgever heeft er voor gekozen de positie van een schuldeiser bij de behandeling van een schuldsaneringsverzoek uitermate beperkt te houden. De wet voorziet dan ook niet in het horen van een schuldeiser. De wetgever heeft echter wel de belangen van de schuldeisers in de weigeringsgronden van artikel 288 Fw verdisconteerd (vgl. MvT, Kamerstukken II 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 36 e.v.). Daar komt nog bij dat de rechter bij een beslissing op een schuldsaneringsverzoek acht mag slaan op een brief of andere stukken die door of namens een schuldeiser zijn ingediend (vgl. HR 25 februari 2000, NJ 2000/310).'

Hof Den Haag voegt nog toe dat de wetgever aan de schuldeiser de mogelijkheid heeft geboden (a) ook ná toepassing van de schuldsaneringsregeling zijn standpunt aan de rechter kenbaar te maken, (b) ingevolge art. 350 Fw de rechtbank te verzoeken de regeling tussentijds te beëindigen, (c) ingevolge art. 353 lid 2 FW op de eindzitting het woord te voeren, en (d) ingevolge art. 355 en 358a Fw op te komen tegen de verlening van de schone lei.

3. Hof Amsterdam 24 september 2014 ECLI:NL:GHAMS 2014:3950 en 18 november 2014, 2014:4774 (art. 288 lid 1 sub b Fw)

Bij tussenarrest heeft het hof de behandeling aangehouden teneinde appellanten in de gelegenheid te stellen hun CJIB-schuld om laag te brengen tot onder de € 500,-- én duidelijkheid te verschaffen over de hoogte en ontstaansgrond(en) van de belastingschuld. Uit het – door de belastingdienst schriftelijk verstrekte – overzicht van 15 juli 2014 blijkt dat de belastingschuld, per 13 december 2013 ter grootte van € 119.552,06, is teruggebracht tot € 17.020,70. Voorts heeft de boekhouder afdoende antwoord gegeven op de vraag of er nog andere ontstaansgronden aan de belastingschuld ten grondslag liggen dan het nalaten van de voormalige boekhouder om aan zijn contractuele verplichtingen te voldoen – hiervan is ten aanzien van het openstaande bedrag niet gebleken. Appellanten hebben voldoende aannemelijk gemaakt dat hen ten aanzien van het ontstaan en onbetaald laten van de schuld aan de belastingdienst geen verwijt kan worden gemaakt, zodat ook deze schuld niet meer aan hun toelating in de weg staat. Het hof verklaart de schuldsaneringsregeling van toepassing.

4. Hof Amsterdam 9 december 2014, ECLI:NL:GHAMS 2014:5165 (art. 288 lid 1 sub b Fw)

Het hof stelt vast dat de schuld aan het CJIB van € 2.003, die voor de rechtbank nog aanleiding was het verzoek om toelating tot de schuldsanering af te wijzen, volledig is betaald. De CJIB-schuld vloeide voort uit overtredingen begaan met een auto, waarvan het kenteken op naam van de man stond, en niet is gebleken dat de vrouw enige betrokkenheid heeft gehad bij het ontstaan van de CJIB-schuld. Met betrekking tot het verzoek tot toelating van de vrouw merkt het hof op dat dit ten onrechte is afgewezen nu de rechtbank heeft nagelaten de verzoeken van de man en de vrouw individueel te beoordelen. De enkele omstandigheid dat de man en de vrouw in gemeenschap van goederen zijn getrouwd, brengt niet zonder meer mee dat afwijzing van het verzoek tot schuldsanering van de ene echtgenoot tevens dient te leiden tot afwijzing van het verzoek van de andere (HR 4 juni 2004, nr. R04/024HR, NJ 2004). Het hof laat de man en de vrouw toe tot de schuldsanering.

5. Hof Amsterdam 23 december 2014, ECLI:NL:GHAMS 2014:6045 (art. 288 lid 2 sub b Fw)

Poging minnelijke regeling door verzoeker/schuldenaar zelf; 285-verklaring van advocaat. Na de afwijzende beslissing van de rechtbank op de grond dat het minnelijk traject niet is uitgevoerd door een persoon of instelling als bedoeld in art. 48 lid 1 Wck heeft verzoeker zich alsnog aangemeld bij de gemeente Zaanstad. Dit minnelijk traject is volgens verzoeker echter gedoemd te mislukken omdat één schuldeiser heeft aangegeven met geen enkel voorstel akkoord te gaan. Deze situatie dient, aldus verzoeker, gelijkgesteld te worden met de situatie waarin het minnelijk traject is doorlopen doch mislukt – verzoeker verwijst naar de uitspraak van Hof Den Bosch d.d. 5 juli 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BR5926. Verzoeker heeft bij zijn Wsnp-verzoek een verklaring van een advocaat overgelegd waarin deze advocaat verklaart dat er geen reële mogelijkheden bestaan dat verzoeker met zijn schuldeisers tot een buitengerechtelijke schuldregeling komt. De poging om met (enkele) schuldeisers tot een regeling te komen is niet door de advocaat maar door verzoeker zelf ondernomen. Het hof oordeelt dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat het Wsnp-verzoek afgewezen dient te worden op grond van art. 288 lid 2 sub b Fw. Indien in de 285-verklaring wordt meegedeeld dat, na een daartoe ondernomen poging, geen reële mogelijkheden bestaan om met de schuldeisers tot een schuldregeling te komen, dient deze poging te zijn uitgevoerd door een advocaat, zijnde een persoon als bedoeld in artikel 48 lid 1 Wck, aan welke eis in de onderhavige zaak niet is voldaan. Het hof bekrachtigt de afwijzing van het Wsnp-verzoek.

6. Hof Amsterdam 23 december 2014, ECLI:NL:GHAMS 2014:6046 (art. 350 lid 3 sub f Fw)

De schuldenaar is op 27 mei 2014 toegelaten tot de schuldsanering. De schuldenaar had vanaf 1 maart 2007 een onderneming met zijn neef. Deze onderneming heeft de schuldenaar van 2 maart 2009 tot 1 januari 2013 voortgezet als eenmanszaak onder de naam No-flats Nederland, een groothandel in fietsaccessoires. Adhestick Ltd. was de Israëlische leverancier van de onderneming. De rechtbank heeft de schuldsanering tussentijds beëindigd op de voet van art. 350 lid 3 sub f Fw omdat ten tijde van de toelating tot de schuldsanering de rechtbank wel bekend was met twee vonnissen op grond waarvan de schuldenaar voorraden en domeinnamen moest afgeven, maar niet bekend was met het feit dat de schuldenaar op grond van die vonnissen dwangsommen had verbeurd. Indien deze informatie bekend zou zijn geweest, zou het verzoek tot toelating afgewezen zijn, aldus de rechtbank, aangezien de schuldenaar niet te goeder trouw was bij het ontstaan daarvan. Het hof overweegt dat niet in geschil is dat de schuld aan Adhestick betreffende de afgifte van voorraden en domeinnamen reeds bestond ten tijde van de behandeling van het Wsnp-verzoek en vermeld was op de schuldenlijst; de rechtbank was bij de behandeling van het Wsnp-verzoek ook bekend met de vonnissen en de dwangsommen. Bij gebreke van zittingsaantekeningen van de griffier kan het hof niet meer vaststellen in hoeverre de dwangsommen tijdens de behandeling aan de orde zijn geweest. Niet kan worden gezegd dat *eerst nadien* feiten en omstandigheden bekend zijn geworden die op het tijdstip van indiening van het Wsnp-verzoek reeds bestonden en die reden zouden zijn geweest tot afwijzing. Het hof vernietigt de tussentijdse beëindiging.

7. Hof Arnhem-Leeuwarden 5 januari 2015, ECLI:NL:GHARL 2015:13; HR 24 april 2015, ECLI 2015:1136 (art. 358a Fw)

Tijdens sanering gedreven onderneming verzwegen; schone lei wordt afgenomen op verzoek (voormalig) rechter-commissaris. De schuldenaar is op 22 maart 2010 tot de schuldsanering toegelaten, op 6 maart 2013 is hem de schone lei verleend. Bij vonnis d.d. 31 oktober 2014 heeft de rechtbank, op verzoek van de r-c, de schone lei teruggedraaid (art. 358a Fw). De rechtbank overwoog dat het voldoende aannemelijk is geworden dat de schuldenaar tijdens de wettelijke schuldsaneringsregeling feitelijk leiding heeft gegeven aan een onderneming en dat hij uit die onderneming inkomsten heeft ontvangen en dit heeft verzwegen voor de bewindvoerder. In hoger beroep voerde de schuldenaar aan dat hij zijn ex-partner, destijds de bestuurder van [bedrijf 1], tijdens haar ziekte gedurende een korte periode heeft geholpen door het verrichten van bepaalde werkzaamheden, zoals het voeren van enkele telefoongesprekken met klanten en voorts lichtere administratieve werkzaamheden. Hij heeft die werkzaamheden op vriendschappelijke basis verricht en heeft daarvoor nooit een vergoeding ontvangen. De curator in het faillissement van [bedrijf 1] schreef aan de voormalig r-c in de schuldsanering dat *'een beeld naar voren is gekomen dat niet de statutair directeur [ex-partner] maar haar ex-echtgenoot [appellant], degene was die het bedrijf feitelijk leidde.(...) Voor hij in de WSNP kwam had hij ook een transportbedrijf (...) [appellant] is ook degene die ik heb gesproken toen het faillissement was uitgesproken. (...) Van haar [ex-partner] heb ik nooit iets vernomen.'* Bij gebreke van een voldoende gemotiveerde betwisting neemt het hof aan dat appellant werkzaamheden heeft verricht voor [bedrijf 1] van een zodanige omvang, dat hij feitelijk de onderneming heeft geleid; daarover had hij de bewindvoerder moeten informeren. Het verweer dat hij geen vergoeding heeft ontvangen, ook als dit juist is, staat niet in de weg aan het oordeel dat appellant schuldeisers heeft benadeeld. Het hof oordeelt dat voor appellant, die in het kader van de schuldsanering wegens arbeidsongeschiktheid was vrijgesteld van zijn sollicitatieverplichting, des te meer reden bestond om de bewindvoerder te informeren over de door hem verrichte werkzaamheden, zodat appellant zijn ten behoeve van [bedrijf 1] benutte arbeidscapaciteit had kunnen aanwenden om inkomen te genereren voor de schuldeisers, althans zijn bewindvoerder in ieder geval had kunnen onderzoeken of appellant daartoe in staat zou zijn geweest. Het hof bekrachtigt de uitspraak van de rechtbank.

Op het cassatieberoep tegen het voormelde arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden bevestigde de HR dat de (voormalig) rechter-commissaris na de beëindiging van de toepassing van de schuldsaneringsregeling en de verlening van de schone lei de bevoegdheid toekomt om, zo nodig ambtshalve, een voordracht aan de rechtbank te doen om, op de voet van art. 358a lid 1 Fw, op de in art. 350 lid 3, aanhef en onder e, Fw genoemde grond de schuldenaar de schone lei te ontnemen.

8. HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:251 (art. 4 Fw, 18 WvK, 3 Insolventieverordening, 6 EVRM)

In dit arrest komt de HR terug van de leer dat faillietverklaring van een vof noodzakelijkerwijs leidt tot faillissement van de vennoten. De Hoge Raad overweegt o.a. (vindplaatsen die de HR noemt zijn hieronder weggelaten):

- (1) De omstandigheid dat een vof haar verplichtingen niet voldoet, kan het oordeel wettigen dat zij in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen. Indien zij op die grond failliet verklaard wordt zal, gelet op art. 18 WvK, het faillissement van de vennoten doorgaans onvermijdelijk zijn, maar dat behoeft niet noodzakelijkerwijs het geval te zijn.

- (2) Zo kan een vennoot, in tegenstelling tot de vof zelf, voldoende (privé)vermogen hebben om zowel de schuldeisers van de vof als zijn privéschuldeisers te voldoen; ook als hij bepaalde vorderingen niet voldoet, brengt dat nog niet noodzakelijkerwijs mee dat hij in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen. Voorts is van belang dat, in verband met het feit dat de vof een afgescheiden vermogen heeft, de vorderingen op de vof en op de vennoten als afzonderlijke (samenlopende) vorderingen moeten worden beschouwd, die onafhankelijk van elkaar kunnen worden ingesteld en verhaald. In verband daarmee is het mogelijk dat een vennoot een hem persoonlijk toekomend verweermiddel (bijvoorbeeld een tegenvordering) kan aanvoeren tegen de vordering van de aanvrager van het faillissement of van andere schuldeisers.
- (3) Gelet op dit een en ander is het niet noodzakelijk dat het faillissement van de vennoten steeds en zonder meer intreedt als een gevolg van het faillissement van de vof.
- (4) Ook de invoering per 1 december 1998 van de schuldsaneringsregeling voor natuurlijke personen heeft tot gevolg dat de zojuist bedoelde regel niet langer op zijn plaats is. De toepassing van de schuldsaneringsregeling staat immers open voor natuurlijke personen met zakelijke schulden. Dat brengt mee dat vennoten (natuurlijke personen) die een wsnp-verzoek hebben ingediend, niet zonder meer failliet verklaard dienen te worden indien het faillissement van de vof wordt uitgesproken.
- (5) Voorts is van belang dat in het arrest HvJEU 15 december 2011, zaak C-191/10, ECLI:EU:C:2011:838, NJ 2012/258 (Rastelli), punten 25-29, besloten ligt dat de rechter ten aanzien van elke schuldenaar afzonderlijk dient te bepalen of hem op grond van art. 3 lid 1 dan wel art. 3 lid 2 Insolventieverordening (Verordening (EG) nr. 1346/2000 betreffende insolventieprocedures) internationale bevoegdheid toekomt om een insolventieprocedure te openen. De regel van de hiervoor in 3.3 genoemde rechtspraak is daarmee niet te verenigen indien de vennootschap in Nederland is gevestigd en de vennoten in een andere lidstaat of andere lidstaten wonen. Ook in zoverre is die regel dus niet (langer) op zijn plaats.
- (6) Ten slotte staat het op gespannen voet met de aan art. 6 EVRM ten grondslag liggende beginselen om een vennoot in privé failliet te verklaren, zonder dat dit ook ten aanzien van hem afzonderlijk is verzocht en zonder dat is onderzocht of hij ook in privé verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen.

Dan geeft de HR nog een aantal procedurele regels hoe een verzoek tot faillietverklaring van een VOF ingekleed en behandeld moet worden:

- (a) Gelet op het hiervoor overwogene dient een schuldeiser, indien hij niet alleen het faillissement van de vof maar ook dat van de vennoten wil bewerkstelligen, dat in zijn verzoekschrift ten aanzien van ieder van hen afzonderlijk te verzoeken, en dient de rechter te onderzoeken of ook ten aanzien van de vennoten afzonderlijk aan de voorwaarden voor faillietverklaring is voldaan. Gelet op art. 18 WvK en de wenselijkheid dat de faillissementen van de vof en van de vennoten zoveel mogelijk tegelijk worden uitgesproken en afgewikkeld, verdient het overigens aanbeveling dat deze verzoeken zoveel mogelijk tezamen worden gedaan en behandeld.
- (b) Voor zover in een procedure het faillissement van (alleen) de vof is verzocht en daarbij (overeenkomstig art. 4 lid 3 Fw) de namen en woonplaatsen van de vennoten zijn vermeld, heeft de verzoeker de mogelijkheid – in eerste aanleg – zijn verzoek in die zin aan te vullen dat het mede betrekking heeft op de faillietverklaring van de vennoten. De rechter dient daarbij het beginsel van hoor en wederhoor in acht te nemen en de vennoten de gelegenheid te bieden tot het voeren van afzonderlijk verweer.

- (c) Het voorgaande kan meebrengen dat de vof failliet wordt verklaard en (een van) de vennoten niet. In dat verband heeft de rechter de mogelijkheid om niet tegelijkertijd op de onderscheiden faillissementsverzoeken te beslissen, bijvoorbeeld in het geval dat een vennoot in reactie op het faillissementsverzoek een verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsregeling heeft gedaan (in welk geval te zijnen aanzien de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring ingevolge art. 3a lid 2 Fw wordt geschorst).

[*Noot redactie:* een bespreking van dit arrest kunt u in één van de volgende *WP*-nummers tegemoet zien.]

9. Hof Amsterdam 10 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS 2015:556 (art. 358a Fw)

De toepassing van de schuldsaneringsregeling is uitgesproken op 21 september 2007, op 6 oktober 2010 is de schone lei verleend. Nadien is de bewindvoerder gebleken dat de schuldenaar een nieuwe schuld heeft laten ontstaan aan de belastingdienst inzake ten onrechte ontvangen kinderopvangtoeslagen over de jaren 2009 en 2010 ter hoogte van € 24.530,33. Vast staat dat de schuld aan de belastingdienst betreffende ten onrechte ontvangen kinderopvangtoeslag over de jaren 2009 en 2010 ten tijde van de schuldsaneringsregeling ontstaan is en pas na ommekomst van de looptijd bekend is geworden bij de bewindvoerder. Dat de schuldenaar van mening is dat zij de kinderopvangtoeslag niet ten onrechte heeft ontvangen en op die grond een herzieningsverzoek heeft ingediend op 8 november 2014 kan haar niet baten. Zij heeft in de periode van 2009 tot en met heden nimmer aangetoond dat zij ter zake uitgaven heeft gehad. Ook in hoger beroep heeft zij geen begin van bewijs bijgebracht dat van dergelijke uitgaven sprake is geweest en heeft zij niet gesteld tot dit bewijs in staat te zijn. In dit geval worden de terugvorderingen 2009 en 2010 ad € 24.530,33 verrekend met de boedelvoorstand ad € 6.135,37. Deze boedelvoorstand zou, waren de uitkeringen niet ten onrechte gedaan, aan de schuldeisers van de schuldenaar ten goede gekomen zijn. Een en ander moet daarom worden gezien als een omstandigheid als bedoeld in artikel 350 lid 3 sub e. Het hof acht de feiten die zich hebben voorgedaan zodanig ernstig dat dit tot ontneming van de schone lei moet leiden.

10. Hof Arnhem-Leeuwarden 12 februari 2015, ECLI:NL:GHARL 2015:971 (art. 288 lid 3 Fw)

Verzoekers zijn in gemeenschap van goederen met elkaar gehuwd. Uit hun huwelijk zijn twee kinderen geboren. De man heeft een onderneming gedreven, eerst een grafisch bedrijf en later een rijsschool. Nadien heeft de man fulltime in loondienst gewerkt als rij-instructeur, vervolgens ontving hij een ZW-uitkering, thans is hij werkzaam als rij-instructeur in loondienst, aanvankelijk 20-30 uur per week en thans 10-12 uur per week en heeft tot 10 december 2014 een aanvullende WW-uitkering ontvangen. De vrouw was in het verleden werkzaam in loondienst. Daarna heeft zij een eigen onderneming gedreven; na de beëindiging van haar onderneming heeft zij geen betaald werk verricht. De schuldenlast van man en vrouw bedraagt ruim € 104.000, waaronder twee schulden aan het UWV van € 1.683,17 en € 5.224,07, schulden aan het CJIB van in totaal € 5.512,04, een schuld aan een bedrijf van € 9.353,94 en schulden aan de Belastingdienst van € 10.860. De rechtbank heeft geoordeeld dat man en vrouw ten aanzien van het ontstaan van de schulden aan UWV, belastingdienst en CJIB niet te goeder trouw zijn geweest. De rechtbank overwoog dat het betrekken van een goedkopere huurwoning onvoldoende aanleiding is om een keer ten goede als bedoeld in art. 288 lid 3 Fw aan te nemen. De grieven richten zich uitsluitend tegen het niet honoreren van het beroep op de hardheidsclausule van art. 288 lid 3 Fw. Het hof overweegt als volgt: Art. 288 lid 3 Fw is aan de wet toegevoegd met het oog op - in het

bijzonder, doch niet uitsluitend – personen met verslavings- en/of psychosociale problemen die de omstandigheden die bepalend waren voor het ontstaan of onbetaald laten van de schulden, onder controle hebben gekregen. Wil een beroep op art. 288 lid 3 Fw slagen, dan is in het algemeen vereist dat de schuldenaar een zekere (persoonlijke) ontwikkeling heeft doorgemaakt die zich toont in het feit dat hij greep heeft gekregen op de omstandigheden die hem in financiële problemen hebben gebracht. Dat blijkt ook uit het feit dat artikel 288 lid 3 Fw volgens de wetsgeschiedenis vooral ziet op “echte gedragsaspecten” (Handelingen I 2006–2007, nr. 30, blz. 958). In dit geval zijn appellanten in problemen gekomen door de verliezen die de eigen onderneming van de man heeft geleden. De stelling dat uit het feit dat de onderneming is gestaakt en er al enig tijd geen nieuwe schulden zijn gemaakt blijkt dat man en vrouw greep hebben gekregen op de omstandigheden die hen in financiële moeilijkheden hebben gebracht, kan niet zonder meer worden gevolgd. Een dergelijke wijziging van omstandigheden is onvoldoende om te kunnen spreken van een (persoonlijke) ontwikkeling, zoals hiervoor bedoeld. Het hof bekrachtigt de afwijzing van het Wsnp-verzoek.

11. Hof Den Bosch 2 september 2014 ECLI:NL:GHSHE:2014:3402 en 19 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:782 (art. 354 Fw)

De rechtbank onthield de schone lei o.a. overwegend: “Tevens blijkt uit de stukken en het verhandelde ter zitting dat de schuldenares een nieuwe bovenmatige schuld van € 8.823,00 aan de Belastingdienst heeft laten ontstaan. Hieraan wordt het oordeel verbonden dat de schuldenares niet heeft voldaan aan de uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichting dat zij gedurende de looptijd van voormelde regeling geen nieuwe bovenmatige schulden mag laten ontstaan.” Appellante heeft in het beroepsschrift aangevoerd dat zij jegens de bewindvoerder en de rechtbank heeft aangegeven dat de Belastingdienst ten onrechte een bedrag van € 8.823,00 ter zake kinderopvangtoeslag 2011 terugvordert. Er is immers in het jaar 2011 wel degelijk sprake geweest van betaalde kinderopvang. Na een tussenarrest zijn diverse stukken overgelegd, waarna het hof in het eindarrest tot de volgende conclusies komt: (1) Vast staat dat appellante gedurende de looptijd van de schuldsaneringsregeling haar fiscale zaken onvoldoende zorgvuldig heeft behartigd. De onduidelijkheden welke als een gevolg hiervan zijn ontstaan acht het hof appellante dan ook volledig verwijtbaar en rekent het hof appellante volledig aan. Een en ander klemmt des te meer nu appellante, voorafgaand aan haar toelating tot de schuldsaneringsregeling, ook al belastingschulden had. Het had naar het oordeel van het hof dan ook nadrukkelijk op de weg van appellante gelegen om gedurende de schuldsaneringsregeling extra alert te zijn op haar fiscale administratie en deze administratie, zo nodig door inschakeling van derden, structureel op orde te houden. (2) Het hof is evenwel van oordeel dat het onvoldoende aannemelijk is dat de boedel als gevolg van de handelwijze van appellante daadwerkelijk is benadeeld. Het hof verleent alsnog de schone lei.

12. Hof Arnhem-Leeuwarden 23 februari 2015, ECLI:NL:GHARL 2015:1257 (art. 358a Fw)

De rechtbank heeft schuldenaar de schone lei ontnomen, overwegend dat (a) de pensioenfondsen Stichting BPF Beroepsvervoer en Stichting BPF Detailhandel enkele maanden voor het einde van de schuldsaneringsregeling, afkoopbedragen (tot een totaalbedrag van € 3.651,87) hebben gestort op twee rekeningnummers die toebehoren aan familieleden van de schuldenaar, (b) appellant deze bedragen zelf ter beschikking heeft gekregen en heeft gebruikt voor de voldoening van diverse lasten in plaats van deze ten goede van de boedel te laten komen (verzwijging tijdens de regeling)

en (c) hoewel de schuldenaar heeft gesteld dat familieleden zijn overgegaan tot afkoop van zijn pensioenen, niet gebleken is dat dit buiten medeweten en instemming van appellante heeft plaatsgevonden; schuldenaar moet zich bewust zijn geweest van de uitkering van deze gelden en heeft nagelaten de bewindvoerder op de hoogte te stellen. In hoger beroep oordeelt het hof, ten eerste, dat aangenomen moet worden dat de voormalig bewindvoerder als *belanghebbende* in de zin van artikel 358a lid 1 Fw kan worden aangemerkt (zie ook ECLI:NL:PHR:2006:AV4484 sub 2.5, conclusie A-G Langemeijer). Het hof oordeelt verder dat is komen vast te staan dat appellante vóór de beëindiging van de schuldsanering en het verkrijgen van de schone lei op 26 maart 2013, in december 2012 de afkoopsommen heeft ontvangen en uit het zicht van de bewindvoerder heeft gehouden, terwijl hij wist, althans had moeten beseffen, dat deze afkoopsommen de boedel toekwamen. Het hof is met de rechtbank van oordeel dat het aanbod van appellante om € 2.398,45 in 24 termijnen van € 100,- alsnog aan de boedel te voldoen, niet afdoet aan het oordeel dat hij heeft getracht zijn schuldeisers te benadelen, zodat dit aanbod niet tot een ander oordeel kan leiden. Het hof bekrachtigt de ontneming van de schone lei.

13. Hof Arnhem-Leeuwarden 12 maart 2015, ECLI:NL:GHARL 2015:1753 (art. 284 Fw)

Appellante is samenwonend en heeft een schuldenlast van € 180.321,66, te weten drie schulden aan de ABN AMRO-bank van € 8.321,66, € 54.500,- en € 117.500,-. Appellante heeft genoemde leningen in 2007 afgesloten voor de financiering van een pilootopleiding. Na de voltooiing van die opleiding is appellante er niet in geslaagd werk te vinden als piloot en inmiddels is de geldigheidsduur van zijn brevet verlopen, welke omstandigheid de kans op een baan als piloot volgens hem nihil maakt. Thans is appellante werkzaam als consultant. De rechtbank heeft het Wsnp-verzoek afgewezen omdat onvoldoende aannemelijk is dat verzoeker ten aanzien van het ontstaan of onbetaald laten van zijn schulden te goeder trouw is geweest. Ook overwoog de rechtbank dat niet gebleken is dat appellante zijn levensstijl heeft aangepast, nu hij betalingen heeft gedaan aan diverse restaurants, telefoonproviders en hij op één dag voor meer dan € 420,- heeft geshopt. Een andere benadering kiezend, stelt het hof vast dat appellante steeds bereid is geweest om met ABN AMRO-bank te spreken over de afbetaling van de schuld, mits daarbij rekening zou worden gehouden met zijn financiële mogelijkheden. Inmiddels heeft ABN AMRO-bank de bereidheid om met appellante over de schuld te spreken in de schriftelijke visie van 3 maart 2015 kenbaar gemaakt. Het hof maakt daaruit op dat de mogelijkheid dat zij overeenstemming kunnen bereiken over een zowel voor appellante als voor de bank acceptabele afbetalingsregeling, nog open ligt. Naar het oordeel van het hof is het thans dan ook redelijkerwijs (nog) niet te voorzien dat appellante, mede gelet op het feit dat hij overigens geen schulden heeft laten ontstaan, niet zal kunnen voortgaan met het betalen van zijn schulden en voldoet appellante om die reden nog niet aan het in art. 284 lid 1 Fw gestelde (insolventie criterium, *red.*). Ook is niet gebleken dat ABN AMRO-bank de schuld bij appellante heeft opgeëist. Appellante kan daarom op dit moment niet worden toegelaten tot de wettelijke schuldsaneringsregeling.

14. HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:589 (art. 15b/285/288 Fw)

In het arrest Hof Arnhem-Leeuwarden 2 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL 2014:7567 stelde het hof prejudiciële vragen aan de Hoge Raad over de omzetting van een faillissement in toepassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling, met name over de noodzaak van een minnelijk traject en de zogenoemde 285-verklaring. Kort gezegd komt de beantwoording van de HR op het volgende neer: Aangenomen moet worden dat ook voor een omzettingsverzoek

het vereiste geldt dat de schuldenaar met behulp van professionele schuldhulpverlening heeft geprobeerd een buitengerechtelijke schuldregeling te treffen. De gefailleerde schuldenaar die een omzettingsverzoek wil doen, is echter zelf als gevolg van het faillissement niet meer in staat een buitengerechtelijke schuldregeling te beproeven. Een redelijke wetstoepassing brengt dan mee, aldus de HR, dat wordt aanvaard dat bij een omzettingsverzoek een schriftelijke verklaring van de curator kan worden gevoegd, waarin is vermeld dat de curator heeft onderzocht of de gefailleerde aan zijn gezamenlijke schuldeisers een akkoord in de zin van art. 138 Fw kan aanbieden en dat er geen reële mogelijkheden zijn om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen. De rechtbank kan aan de schuldenaar die een verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsregeling indient zonder verklaring in de zin van art. 285 lid 1, aanhef en onder f, Fw, een termijn van ten hoogste een maand gunnen om die verklaring alsnog te verstrekken. Wordt het verzuim niet tijdig hersteld, of ziet de rechtbank geen aanleiding verzoeker daartoe in staat te stellen, dan wordt de schuldenaar niet-ontvankelijk verklaard (art. 287 lid 2 Fw). Hetzelfde geldt in geval van een omzettingsverzoek in de zin van art. 15b Fw.

• *Zie nader over deze uitspraak de bijdrage van Verhoeven en Koppelman op pagina 12 in deze uitgave.*

15. Rechtbank Gelderland 24 maart 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:2297 (art. 287b)

In september 2014 is een (onder bewind gestelde) huurder wegens huurachterstand bij verstek veroordeeld tot ontruiming van zijn huurwoning. De ontruiming is op 5 december 2014 namens de verhuurder aangezegd tegen 23 december 2014. De huurder dient vervolgens een moratoriumverzoek ex art. 287b Fw in bij de insolventierechter en vraagt daarmee om ontruiming voor de duur van zes maanden te verbieden. Op 19 december 2014 geeft de rechter deze voorziening voorlopig met de bepaling dat de mondelinge behandeling van het verzoek op 19 januari 2015 zal plaatsvinden. Na deze mondelinge behandeling wordt, bij vonnis van diezelfde dag, de voorlopige voorziening (definitief) verleend en de tenuitvoerlegging van het ontruimingsvonnis voor de duur van zes maanden geschorst. De rechtbank bepaalt dat die voorziening slechts geldt onder de voorwaarde dat de periodiek verschuldigde huur tijdig wordt voldaan. Op 6 maart 2015 ontvangt de verhuurder een huurbetaling van huurder. Verhuurder stelt dat deze betaling ziet op de maand *maart*, dat deze daarom te laat is betaald en dat dus niet is voldaan aan de door de insolventierechter gestelde voorwaarde voor de schorsing van de tenuitvoerlegging van het ontruimingsvonnis. De verhuurder geeft aan de deurwaarder opdracht om tot executie van dat ontruimingsvonnis over te gaan. De beschermingsbewindvoerder stelt dat wél tijdig is betaald omdat de betaling van 6 maart 2015 zag op de huur over de maand *april* 2015. De beschermingsbewindvoerder heeft vervolgens de deurwaarder verzocht om van de ontruiming af te zien en gedreigd een tuchtrechtelijke klacht tegen de deurwaarder in te dienen als tot ontruiming zou worden overgegaan. Anderzijds heeft de verhuurder de deurwaarder te kennen gegeven dat het niet-uitvoeren van de gerechtelijke ontruiming klachtwaardig handelen zou opleveren. De deurwaarder heeft geconcludeerd dat hij op een bezwaar in de zin van art. 438 lid 4 Rv is gestuit dat een onverwijld voorziening nodig maakt en heeft zich daarom, met overlegging van een proces-verbaal d.d. 12 maart 2015, gewend tot de voorzieningenrechter. De voorzieningenrechter leidt uit het vonnis ex art. 287b af dat de betaling op 6 maart 2015 op de huur over april 2015 ziet en dat de huur over de maand maart 2015 al op 30 januari 2015 is betaald. Het ontruimingsvonnis kan daarom, gelet op de voorziening van art. 287b, niet ten uitvoer worden gelegd zolang de voorziening ex art. 287b duurt (zes maanden na 19 december 2014).

16. Rechtbank Overijssel 31 maart 2015 ECLI:NL:RBOVE:2015:1633 (art. 299)

Een schuldenaar is op 17 juli 2012 toegelaten tot de schuldsaneringsregeling. In januari 2013 brengt haar zorgverzekeraar, Menzis, het verplicht eigen risico ad € 176,69 in rekening. In augustus 2014 brengt Menzis een dagvaarding uit en vordert dat de kantonrechter de schuldenaar veroordeelt tot betaling van dit bedrag. De schuldenaar voert, bij monde van haar advocaat, in verweer aan dat zij op 1 februari 2012 behandeld is in het ziekenhuis. Het moment waarop de zorgbehandeling is uitgevoerd is bepalend voor de vraag wanneer de vordering is ontstaan. Schuldenaar voert aan dat de verbintenis op grond waarvan zij het verplichte eigen risico moet betalen te beschouwen is als een voorwaardelijke verbintenis in de zin van artikel 6:21 BW. De werking van deze verbintenis tot betaling van het verplicht eigen risico is afhankelijk gesteld van het al dan niet plaatsvinden van een toekomstige onzekere gebeurtenis, namelijk of schuldenaar zorg nodig heeft. Met het ondergaan van de behandeling op 1 februari 2012 is de voorwaarde van deze verbintenis vervuld en is tevens de vordering ter zake het verplicht eigen risico ontstaan. Nu de vordering materieel ontstaan is vóór de toelating tot de WSNP, valt de vordering in de WSNP en is het een verifieerbare concurrente vordering. Menzis erkent vervolgens dat zij haar vordering bij de bewindvoerder in de schuldsaneringsregeling had moeten indienen en verzoekt om de procedure door te halen. De schuldenaar verzoekt daarop om Menzis te veroordelen in de daadwerkelijke proceskosten ten bedrage van € 2.200,00 ex btw. Met de rechter-commissaris in de schuldsanering van de schuldenaar is dit bedrag als een vaste prijs afgesproken voor het voeren van verweer in deze procedure.

De kantonrechter onderschrijft het standpunt van de schuldenaar dat voormelde vordering niet eerder en niet later is ontstaan dan op het moment van behandeling in het ziekenhuis, 1 februari 2012. Menzis wordt veroordeeld in de daadwerkelijk gemaakte proceskosten. Een dergelijke vordering is toewijsbaar in het geval van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen. Van misbruik van procesrecht is volgens de Hoge Raad in zijn arrest van 29 juni 2007 (ECLI:NL:HR:2007:BA3516) sprake als de vordering, gelet op de evidente ongegrondheid achterwege had moeten blijven, namelijk als eiser op voorhand had moeten begrijpen dat de vordering geen kans van slagen had. Daarvan is in dit geval sprake. De kantonrechter stelt voorts vast dat de rechter-commissaris toestemming heeft gegeven voor de proces-prijsafsprak ad € 2.200,- ex btw. De vordering tot veroordeling van Menzis in deze proceskosten wordt daarom toegewezen.



**waarde
meesters**

taxatie • advies • afwikkeling

Waardemeesters zijn van waarde voor u.
Taxeert o.a. industrie | bouw | retail | horeca | transport | agrarisch | vastgoed

Quickscan
Snel een waarde nodig?
in 3 stappen een waarde
Waardemeesters.nl

www.waardemeesters.nl | info@waardemeesters.nl | 050 211 07 69 | De Hallen 1, Groningen

Grafisch ontwerp **duur?**



Wilt u een advertentie plaatsen, of uw product presenteren in een mooie folder?
Of misschien kan uw bedrijf wel een nieuw logo en huisstijl gebruiken?

Vaak rekenen reclamebureau's stevige tarieven voor een ontwerp van uw huisstijl
of grafische uitwerking van uw marketingmateriaal.

Dat kan ook anders. vandervliet design werkt uw ideeën uit tot een mooi resultaat,
voor een scherpe prijs!

ADVERTENTIE'S VANAF € 35,- | FLYERS VANAF € 65,- | LOGO-ONTWERP VANAF € 85,-

lets voor u?

Bel: 06 48 78 04 66 of mail: d.vd.vliet@kpnplanet.nl
en vraag naar de mogelijkheden.

VAN DER VLIET DESIGN
Wulverhorst 113, 3417 TJ Montfoort
Genoemde prijzen zijn excl. BTW. Prijswijzigingen onder voorbehoud.



VAN DER VLIET
DESIGN

Redactiesecretariaat

Wsnp Periodiek

Postbus 5018
5800 GA Venray

E-mail:

redactie@wsnp-periodiek.nl

Abonnementen

E-mail:

abonnee@wsnp-periodiek.nl

Versijning:

4x per jaar

Uitgave van:

Stichting Kennisoverdracht Wsnp
gevestigd te Amsterdam
Handelsregisternr. 34390126

Redactie:

Mr. B.J. Engberts, rechter
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 Eijdsen

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, inclusief BTW.

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.