

WSNP

Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen

Periodiek

november 2011

Redactie

Mr. B.J. Engberts
Mr.dr. A.J. Noordam
Mr. M. van Bommel
Mw. P.A.M.T. van den Berg
Dhr. G. Benedictus

Adviseurs

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

Inhoud

- 28 **Van de redactie**
- 29 **Schuldsanering en de heilige koe**
Nelly van den Berg
- 30 **Huwelijksvermogensrecht en de Wsnp (I)**
Helene Lammers
- 31 **BTW (omzetbelasting) problematiek bij uitdelingen**
Hans Wiggers en Doreen Arends-Kosters
- 32 **Reorganisatie onderneming via Wsnp**
Deel 3: Aanbieding akkoord
Geert Benedictus
- 33 **De poging tot een buitengerechtelijke schuldregeling en de
toegang tot de Wsnp**
Arthur Bletterman
- 34 **Nieuws in het kort**
- 35 **Actuele rechtspraak kort**

ONLINEVEILINGmeester.NL

DE VEILINGSITE VAN NEDERLAND

**Uw optimale partner
voor verkoop van roerende goederen bij
WSNP, faillissementen of bedrijfsbeëindigingen.**

De voordelen van ONLINEVEILINGmeester.NL:

- Duizenden geïnteresseerde bezoekers per dag
- Logistieke service (transport, opslag)
- Ook voor kleine aantallen en kleine faillissementen
- Snelle service, korte reactietijden
- Leuke manier van kopen en verkopen (spanning)
- Ook voor taxaties



Wilt u weten hoe u Onlineveilingmeester.nl succesvol kunt inzetten?
Wij vertellen het u graag.

Onlineveilingmeester.nl
De Hallen 1
9723 TW GRONINGEN

www.onlineveilingmeester.nl
info@onlineveilingmeester.nl

Tel: 050- 8009120
Fax: 050- 8009121

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: 077-4633821

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 telefonisch contact met U opnemen. Artikelen dienen in beginsel maximaal 2000 woorden te omvatten.

28 - Van de redactie

Geachte lezer,

In dit laatste nummer van 2011 zijn in de *Praktijkrubriek* bijdragen opgenomen (29) over de heilige koe in de Wsnp (u raadt het al: het gaat om de auto van de schuldenaar), (30) Huwelijksvermogensrecht en de Wsnp, (31) een tweede artikel over de omzetbelasting, (32) de aanbidding van een Wsnp-akkoord in het kader van de reorganisatie van een onderneming van de schuldenaar en (33) een poging tot een buitengerechterlijke sanering en de toegang tot de Wsnp.

Wij danken Arthur Bletterman, Helene Lammers, Hans Wiggers en Doreen Arends-Kosters voor hun interessante bijdragen.

In het voorafgaande augustus-nummer (*WP* 2011/03) zijn, tot onze grote spijt, enkele drukfouten opgetreden. Alle abonnees ontvangen daarom een gecorrigeerde herdruk.

Het eerste nummer van *Wsnp Periodiek* verscheen in mei 2010. U kunt van alle nummers een los exemplaar bestellen door overmaking van € 14,- (per stuk, exclusief verzendkosten) op bankrekeningnummer 83.18.66.012 onder vermelding van '*WP* [maand] [jaar]'. Indien u alle verschenen nummers **nabestelt, geldt een prijs van € 12,- per stuk**. Tot en met dit november-nummer gaat het om zeven verschenen tijdschriften ofwel € 84,-.

Zoals eerder vermeld, kunt u sinds enige tijd op de website www.wsnp-periodiek.nl gratis een **online register** raadplegen.

Binnenkort kunnen abonnees, tegen betaling, de gehele inhoud van alle verschenen tijdschriften digitaal raadplegen via **Rechtsorde.nl**. Wij hopen u daarover in het eerstvolgende nummer nader te kunnen informeren.

Inmiddels zijn voor de papieren versie van *Wsnp Periodiek* ook fraaie **opbergbanden** beschikbaar. U kunt een band bestellen door overmaking van € 17,50 (inclusief verzendkosten) op rekeningnummer 83.18.66.012 onder vermelding van 'Opbergband WP' en het postadres voor toezending van de band. Indien u € 27,50 overmaakt ontvangt u twee banden, en voor iedere € 10,- een extra band: € 37,50 drie banden etc. In één band kunnen twee jaargangen opgeborgen worden.

Wij wensen u veel leesplezier en wensen u nu ook vast een feestelijke decembermaand toe. In februari 2012 verschijnt weer een nieuw nummer van *Wsnp Periodiek*. Uw bijdragen aan ons blad zijn blijvend welkom!

De redactie.

29 - Schuldsanering en de heilige koe

Nelly van den Berg

1. Inleiding

In art. 295 Fw is geregeld dat de schuldsaneringsboedel alle goederen omvat, behoudens de niet bovenmatige inboedel, welke een schuldenaar ten tijde van de uitspraak in zijn bezit heeft alsmede alle goederen die hij tijdens de schuldsaneringsregeling verkrijgt. Een auto valt dus, behalve als deze nodig (onmisbaar) is om inkomen te verwerven of om medische redenen noodzakelijk is, in de schuldsaneringsboedel en kan ten gunste van de schuldeisers verkocht worden. Echter voor sommige saniëten lijkt het welhaast van levensbelang om de auto te mogen behouden, óók als deze voor woon-werkverkeer of om medische redenen niet nodig is.

Op het huisbezoek is de auto dan ook vaak een heikel onderwerp. Alles wordt uit de kast gehaald om aan te tonen dat de auto toch echt onmisbaar is. De boodschappen die in het eigen dorp veel te duur zijn. Een zieke (schoon) moeder die elders in het land woont en die ze graag willen bezoeken. Openbaar vervoer? Of ik wel weet wat dat kost voor twee volwassenen en de kinderen, nog afgezien van de reistijd. En wat te denken van de sollicitatieactiviteiten waar toch echt een auto voor nodig is als je in een dorp woont. Ook al ligt dat dorp op steenworp afstand van de stad met alle bedrijventerreinen er omheen.

Als ik al voorzichtig probeer de kosten van het openbaar vervoer af te zetten tegen de kosten van de auto merk ik meteen dat ik geen verstand heb van auto's. Er is altijd wel een kennis die in de autobranche werkt en die de auto weer voor een prikje aan het lopen krijgt als hij kuren vertoont en die bovendien ook als geen ander alle onderdelen goedkoop, desnoods tweedehands, op de kop weet te tikken. En lukt dat allemaal niet kun je via dezelfde kennis wel weer voor een paar honderd euro een ander oud beestje op de kop tikken. Desnoods gefinancierd met de kinderbijslag.

Hoe dien je als bewindvoerder te handelen wanneer de schuldsaneringsboedel een auto blijkt te bevatten?

2. Beleid rechtbanken

In de voorbije jaren heb ik bij de diverse rechtbanken waar ik voor werk nogal wat beleidswijzigingen ten aanzien van het autobezit in de Wsnp meegemaakt. Op dit moment bespeur ik toch min of meer een uniform beleid gebaseerd op het Recofa-rapport vtlb met wat kleine aanvullingen bij de verschillende rechtbanken. Die aanvullingen betreffen dan meestal het aanleveren van waardebepalingen, al of niet een (lage) restwaarde aan de boedel afdragen en hoe om te gaan met de bijtelling voor de leaseauto, met name in het 1^e jaar wanneer nog geen 'verklaring geen privé gebruik auto' door de belastingdienst is afgegeven. Hierop kom ik in paragraaf 4 terug.

3. De praktijk - algemeen

Is de auto niet noodzakelijk dan dient door saniet minimaal één waardebepaling te worden overlegd, een koper worden gezocht en in overleg met de bewindvoerder en toestemming van de rechter-commissaris kan vervolgens de auto worden verkocht en de waarde aan de boedel worden afgedragen.¹

Was het maar zo simpel. Hier gaat hetgeen besproken in de inleiding spelen. Wil men ondanks alle waarschuwingen van de bewindvoerder toch de auto behouden dan zal de waarde aan de boedel moeten worden afgedragen. Aangezien het vaak om oudere auto's gaat met een waarde van enkele honderden tot zo'n duizend Euro is vaak de oplossing om het gedeeltelijk met het vakantiegeld en een kleine betalingsregeling aan de boedel te betalen. Nog minder te besteden dus. Met regelmaat verdwijnt de auto dan toch wel gaandeweg de schuldsanering, ofwel omdat de auto helemaal op is en er toch geen geld blijkt te zijn voor een andere, ofwel omdat men alsnog tot inkeer komt omdat de autokosten helaas toch een groter struikelblok blijken te zijn binnen het vtlb dan men dacht.

Indien de auto volgens saniet noodzakelijk is voor inkomensverwerving dient eerst door de bewindvoerder op grond van art. 4.4 van het Recofa-rapport vtlb te worden beoordeeld of de auto inderdaad noodzakelijk is. Is de afstand tussen woning en werkplek korter dan 10 kilometer, dan kan worden gefietst. Boven 10 kilometer kan een bromfiets of scooter een goedkoop alternatief zijn. Ook dienen de mogelijkheden van openbaar vervoer

nauwgezet te worden onderzocht. Op de site www.9292ov.nl kunt uzelf via een eenvoudig invulveld de reisroutes en reistijden van bus, trein en tram inzien. Komt de bewindvoerder op grond van deze richtlijnen tot de conclusie dat de auto echt noodzakelijk is dan mag tot 10.000 kilometer een forfaitair bedrag van € 210,00 worden gecorrigeerd in het vtlb. Met dit bedrag wordt saniet geacht de motorrijtuigenbelasting, verzekeringspremie, keuring en onderhoud te betalen. Voor elke extra kilometer boven 10.000 kilometer mag vervolgens een bedrag van € 0,128 per kilometer bij het vtlb worden opgeteld. Wel dient de auto te allen tijde getaxeerd te worden en indien de auto een aanzienlijke waarde vertegenwoordigt dan zal de auto ingeruild dienen te worden tegen een goedkoper exemplaar dan wel dient een regeling te worden getroffen zodat in ieder geval het bovenmatig vermogen in de boedel vloeit. Hoe hoog dit bedrag is, dient aan de hand van een waardebepaling of taxatierapport door een erkend autobedrijf en in overleg met de rechter-commissaris te worden vastgesteld. Het verschil tussen een waardebepaling of een taxatierapport is dat de waardebepaling een globale inschatting is door een erkend autobedrijf en een taxatierapport uitgebreider is en wordt opgemaakt door een gecertificeerde taxateur.

Wanneer sprake is van een oudere auto met een door u laag in te schatten waarde zou een waardebepaling in combinatie met een vergelijkbare auto van een autosite mijns inziens wel kunnen volstaan aangezien deze vaak gratis danwel tegen een lage vergoeding worden verstrekt. Bij een auto met een aanzienlijke waarde is het aan te bevelen om wel

een officieel taxatierapport te laten overleggen en voor de objectiviteit zelfs wellicht twee taxatierapporten.

Indien de auto naar de mening van saniet noodzakelijk is wegens medische redenen dient de bewindvoerder dit te beoordelen op grond van een indicatie voor de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) en kan hij vervolgens aan de rechter-commissaris toestemming verzoeken om de auto buiten de boedel te houden. De autokosten dienen uit het vtlb te worden betaald. Een eventuele eigen bijdrage Wmo kan worden gecorrigeerd. Uiteraard dient ook hier door saniet een taxatierapport te worden overlegd en wordt een eventueel bovenmatige waarde door saniet aan de boedel afgedragen.

Tot slot nog de opmerking dat het belangrijk is om meteen bij het opvoeren van een dossier een overzicht op te vragen bij de RDW (zie ook Geert Benedictus, *'Op jacht naar vermogen'*, WP 2010/01, p. 3). Het is aan te raden dit ook te doen als saniet meldt geen auto te bezitten. U treft op dit overzicht namelijk ook de kentekens van aanhangers, caravans, bromfietsen en scooters aan. Zaken die nogal eens 'vergeten' worden bij het invullen van de verklaring. Overigens impliceert het feit dat saniet bezitter is van een auto en dat het kenteken op naam van saniet staat niet automatisch dat hij ook de eigendom van het goed heeft. Indien een derde de eigendom van de auto claimt dient hij dit wel aan te tonen, bijvoorbeeld door middel van betalingsbewijzen (HR 17 mei NJ 1991, 465).

4. De praktijk – de auto van de zaak

Indien een auto van de zaak ter beschikking is gesteld kan door de bijtelling voor privé gebruik het nettoloon aanzienlijk lager uitvallen. Om te voorkomen dat hierdoor een benadeling van de schuldeisers ontstaat dient saniet bij de belastingdienst een 'Verklaring geen privé gebruik auto' aan te vragen. De werkgever hoeft dan geen bijtelling meer in te houden en saniet mag gedurende de schuldsanering de auto alleen voor het verwerven van het inkomen gebruiken.

Aangezien de belastingdienst bij deze regeling werkt met kalenderjaren kan er echter in het eerste jaar van de Wsnp al direct een fors probleem ontstaan doordat bij de berekening van het vtlb dient te worden uitgegaan van een pro-forma berekening zonder fiscale bijtelling. Hierdoor kan saniet ongewild in het eerste jaar al een forse nieuwe schuld oplopen. In het Recofa-rapport vtlb wordt geadviseerd hier soepel mee om te gaan, eventueel een betalingsregeling vanuit het vtlb en/of vrij te laten vakantiegeld een betalingsregeling te treffen, dan wel een verlenging van de regeling te treffen of derden de boedelachterstand te laten betalen. Uiteraard alles in goed overleg met de rechter-commissaris.

In mijn praktijk heb ik begin dit jaar een tweetal zaken gekregen waar dit probleem speelt. De eerste casus betreft dhr. P. Een alleenstaande man die op 14 april 2011 is toegelaten. Het minnelijk traject is uitgevoerd door de GKB Den Bosch. De intake bij de GKB vond plaats op 14 januari 2010 en de verklaring dateert van 6 december 2010. Dhr. P. is sinds 1 november 2010 gedetacheerd in de

ICT en heeft een auto nodig voor zijn werk. Zijn bruto maandinkomen bedraagt € 2.200,00 en het vtlb komt uit op € 1.076,67. Het netto inkomen is volgens de proforma berekening zonder bijtelling auto € 1.642,75. Met bijtelling auto € 1.559,75. Verschil per maand € 83,00. Nieuwe schuld in 2011: $9 \times € 83,00 = € 747,00$

De tweede casus betreft dhr. en mevr. V. Het gezin bestaat uit man, vrouw en twee kinderen van 7 en 5 jaar oud. Betrokkenen hebben voorheen een eigen bedrijf geëxploiteerd, op 7 december 2010 zijn zij failliet verklaard en op 14 maart 2011 werd dit faillissement omgezet in een Wsnp. Inkomen bruto man: € 4.210,50 Inkomen vrouw: geen. Heffingskorting aangevraagd. Mevrouw heeft ontheffing sollicitatieplicht op medische gronden. Vtlb € 1.993,94. Netto inkomen man: proforma berekening zonder bijtelling auto € 2.715,71 met bijtelling auto € 2.303,30. Verschil per maand € 412,41. Nieuwe schuld in 2011: $10 \times € 412,41 = € 4.124,10$.

In de eerste situatie heb ik er geen moeite mee dat op basis van de richtlijnen uit het Recofa-rapport-vtlb geen rekening wordt gehouden met de bijtelling. Dat is met wat passen en meten wel op te lossen. Uiteindelijk mag er ook wel een redelijk bedrag voor het gebruik betaald worden.

Maar de tweede situatie gaat me wel aan het hart. Het lijkt me erg onredelijk om deze mensen in het eerste jaar al meteen met een nieuwe schuld van ruim € 4.100,00 op te zadelen ook al wordt geadviseerd er soepel mee omgegaan. Ze hebben hiervoor al in een

faillissement gezeten en om dan na drie jaar Wsnp nog eens een verlenging aan je broek te krijgen voor een in mijn ogen niet-verwijtbare schuld, dat vind ik niet verkoopbaar. Een gezin met twee kleine kinderen drie jaar het vrij te laten vakantiegeld ontnemen is eveneens niet verantwoord, bovendien ben je er dan nog lang niet. Deze man heeft een verantwoordelijke baan, zit veel op de weg en doet er alles aan om deze baan te houden. Het zou bijzonder jammer zijn als hij door alle stress rondom deze nieuwe schuld, en ik kan je verzekeren dat die er in deze situatie ook is, zijn baan zou verliezen. Uiteindelijk zou dit ook in het nadeel van de schuldeisers werken.

Ik ben dan ook blij een rechter-commissaris getroffen te hebben die dit individueel bekijkt maar toch zou ik liever zien dat de werkgroep rekenmethode vtlb de richtlijnen in het Recofa-rapport vtlb zodanig zou aanpassen dat het niet meer uitmaakt welke rechter-commissaris benoemd is. Er zijn namelijk ook rechters-commissarissen die strikt de richtlijn uit het Recofa-rapport vtlb hanteren ongeacht de hoogte van de daardoor ontstane nieuwe schuld. Mijns inziens zou in het Recofa-rapport vtlb vastgelegd dienen te worden dat door saniet een vaste, maar binnen het vtlb passende vergoeding wordt betaald voor het gebruik van de auto in het eerste jaar. Hij heeft dan niet enkel het voordeel maar betaalt naar vermogen voor het privé gebruik en er ontstaat geen nieuwe schuld. Te denken valt aan een bedrag van maximaal 10% van de toepasselijke bijstandsnorm. Bovendien wordt dan iedereen over dezelfde kam geschoren, hetgeen in feite toch ook het uitgangspunt van de vtlb-berekening is.

Het enige dat je beide sanieten uit de praktijkvoorbeelden kunt verwijten is dat ze op het moment dat ze de baan verkregen niet uit zichzelf voor 1 januari 2011 de 'verklaring geen privé gebruik auto' aan hebben gevraagd maar ik vraag me af of ze daar zelf bij stilgestaan hebben. Ze zijn er in beide gevallen niet op gewezen terwijl het, gelet op de data, wel voor de hand had gelegen. Persoonlijk vind ik het vooral een kwalijke zaak dat er in het minnelijk traject dat door de kredietbank is uitgevoerd niet op gewezen is. En ik vrees dat dit in de minnelijke trajecten vaker niet gebeurt. Hetgeen dus betekent dat in het geval van een leaseauto de opbrengst in de minnelijke trajecten voor de schuldeisers altijd lager zal zijn dan wanneer de Wsnp van toepassing is.

Stel dat de fam. V. een geslaagd minnelijk traject was geweest dan zou, indien niet de verplichting tot het aanvragen van de 'Verklaring geen privé gebruik auto' zou zijn opgelegd, de schade voor de schuldeisers over drie jaar bij een ongewijzigde situatie $36 \times € 412,41 = € 14.846,76$ geweest zijn. Was de minnelijke regeling van dhr. P. geslaagd dan zouden bij een ongewijzigde situatie de schuldeisers een

bedrag van $36 \times € 83,00 = € 2.988,00$ zijn misgelopen.

Verder zou het bijzonder prettig zijn dat wanneer uit het Wsnp-verzoek blijkt dat saniet een leaseauto ter beschikking heeft, ook de toelatingsrechter al reeds duidelijk op de consequenties van de leaseauto wijst. Zowel ten aanzien van het gebruik als van het ontstaan van de nieuwe schuld gedurende het eerste jaar. Meerdere bewindvoerders op ons kantoor hebben de vervelende ervaring dat tijdens het huisbezoek blijkt dat sanieten door niemand op de consequenties zijn gewezen, niet in het minnelijk traject maar ook niet tijdens de toelatingszitting. Het huisbezoek krijgt dan vaak een heel vervelende wending en dat is niet de bedoeling van een huisbezoek bij een cliënt waar je nog drie jaar mee te gaan hebt.

1 Zo'n waardebepaling houdt in dat door een erkend autobedrijf schriftelijk wordt verklaard welke verkoopwaarde de auto op dat moment heeft. Je kunt vervolgens op een autoverkoopssite zoals Auto Trader zelf nog toetsen of de opgegeven waarde een gangbare verkoopprijs is.

30 - Huwelijksvermogensrecht en de Wsnp (I)

*Helene H. Lammers**

1. Inleiding

Trouwen in Nederland betekent trouwen in wettelijke gemeenschap van goederen, voor zover er niets anders geregeld wordt. Het

regelen van 'iets anders' betekent het maken van huwelijksvoorwaarden bij de notaris. In de huwelijksvoorwaarden kunnen de aanstaande echtgenoten regelen hoe zij hun vermogensrechtelijke positie binnen het huwelijk willen regelen. Er zijn in principe zo veel mogelijkheden als er wensen zijn. Om te achterhalen wat de positie in een specifiek geval is, zal men dus altijd kennis moeten nemen van de inhoud van de huwelijksvoorwaarden.

In dat kader wijs ik op het vaak levende misverstand dat huwelijkse voorwaarden standaard 'koude uitsluiting'¹ behelzen. Men kan ook beperkte gemeenschappen aantreffen, waarop dan evenzeer de wettelijke regels van een (beperkte) gemeenschap van goederen van toepassing kunnen zijn.

Naast het huwelijk kennen we het geregistreerde partnerschap, waarop de regels die gelden voor een huwelijk voor een groot deel van overeenkomstige toepassing zijn verklaard. Dat geldt in ieder geval voor de regels omtrent de rechten en plichten, de wettelijke gemeenschap van goederen en de huwelijkse voorwaarden (art. 1:80b BW).

Het huwelijksvermogensrecht bevat – eenvoudig gezegd – de regels over de aansprakelijkheid voor de schulden, de verhaalbaarheid ervan (op welke goederen) en de interne draagplicht. En daarmee is het belang van (kennis over) het huwelijksvermogensrecht gegeven voor het insolventierecht, en specifiek voor de wettelijke schuldsaneringsregeling. In deze regeling spelen immers de schulden van natuurlijke personen, die – indien gehuwd of geregistreerd – beheerst worden door het huwelijksvermogensrecht.

Mij is 'des bewindvoerders verzuchting' bekend 'dat het toch allemaal niet uitmaakt' hoe de schulden van echtgenoten geverifieerd moeten worden omdat het 'allemaal één pot nat is'. De verzuchting is begrijpelijk, het kost wat meer tijd en het vergt kennis, maar de kwaliteit van bewindvoerders dient naar mijn mening optimaal te zijn, zowel in het belang van de schuldenaren als van de schuldeisers. Een systeem

als de wettelijke schuldsaneringsregeling, waarin de schone lei verlening aan de ene kant én het verlies van verhaalsrechten aan de andere kant het met elkaar moeten uithouden, vergt 'goed bewindvoerderschap'. Een goed bewindvoerderschap omvat naar mijn mening in ieder geval het zodanig behandelen van de schulden dat er geen benadeling optreedt voor welke schuldeiser dan ook. En dat brengt mij dan ook (weer) op het huwelijksvermogensrecht.

Op 1 januari 2012 zal de Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen in werking treden.² Inmiddels is er ook een wetsvoorstel voor een reparatiewet ingediend, waarvan de intentie is dat het zo snel mogelijk na 1 januari 2012 in werking treedt.³ Het oorspronkelijke wetsvoorstel (uit 2003) beoogde de wettelijke gemeenschap van goederen als hoofdregel te vervangen door een beperkte gemeenschap, met als – eenvoudig gezegd – gevolg dat alles wat tot aan de datum van het huwelijk van de partners afzonderlijk 'was' een privévermogen c.q. privéschuld zou opleveren, en dat de goederen en schulden vanaf de datum van het huwelijk in de gemeenschap van goederen zou vallen. Deze wijziging heeft de parlementaire behandelingen niet overleefd, maar is nog niet geheel van de baan. In een brief van de staatssecretaris van 31 maart 2011 wordt aangekondigd dat opnieuw zal worden gekeken naar 'het huwen buiten gemeenschap van goederen als hoofdregel'.⁴ Het blijft dus zaak om de ontwikkelingen binnen het huwelijksvermogensrecht in de gaten te houden.

Voor zover voor het onderhavige artikel van belang zal ik ook het per 1 januari 2012 geldende huwelijksvermogensrecht bespreken.

Ik zal mij beperken tot het bespreken van de regels van de wettelijke gemeenschap van goederen, omdat dit het stelsel is dat in de wettelijke schuldsaneringsregeling (nog steeds) het meest voor komt.

2. De wettelijke gemeenschap van goederen

Het uitgangspunt van de wettelijke gemeenschap van goederen is dat alle tegenwoordige en toekomstige goederen van de echtgenoten in de gemeenschap vallen (art. 1:94 lid 1 BW) én dat alle schulden van beide echtgenoten tot de gemeenschap behoren (art. 1:94 lid 2 BW). Daarvan uitgezonderd zijn de verknochte goederen en schulden (art. 1:94 lid 3 BW) én de goederen die onder uitsluitingsclausule zijn geërfd of zijn geschonken (art. 1:94 lid 1 BW). Zodoende kan een echtgenoot dus privévermogen verwerven én privéschulden maken. In de praktijk van de Wsnp komt het echter zelden voor dat er (nog) privévermogen is. Het kan echter wel voorkomen dat er in de totale schuldenlast (nog) privéschulden van een echtgenoot betrokken zijn. Denk bijvoorbeeld aan niet betaalde successierechten voor een door echtgenoot A onder uitsluitingsclausule ontvangen (en opgemaakte) erfenis. De constatering dat dit een privéschuld is, heeft in een Wsnp-situatie feitelijk alleen gevolgen voor de draagplicht en de aansprakelijkheid voor schulden na de ontbinding van de huwelijksgemeenschap (art. 1:102 BW). De 'extra' aansprakelijkheid van art. 1:102 BW ziet namelijk alleen op gemeenschapsschulden en niet op privéschulden. In de Wsnp van een schuldenaar, wiens huwelijk (of in ieder geval de huwelijksgemeenschap) is ontbonden, kunnen

deze privéschulden van de ander (dus) ook niet op grond van art. 1:102 BW geverifieerd worden. Art. 1:102 BW komt in deel II van dit artikel aan de orde.

Ondanks het feit dat in een schuldsaneringsregeling vrijwel nooit een privévermogen aanwezig is, krijg ik altijd veel vragen over de verknochtheid van goederen en schulden. Om die reden een korte behandeling van de verknochtheid.

2a. Verknochte goederen en schulden

Wat voorop staat, is dat het begrip 'verknochtheid' van art. 1:94 lid 3 BW beperkt moet worden opgevat, omdat het principe van de algehele gemeenschap van goederen nog steeds leidend lijkt te zijn. Dat blijkt ook wel in de praktijk. Het is niet gemakkelijk om een goed of een schuld als verknocht aangemerkt te krijgen. Een paar voorbeelden ter verduidelijking.

Allereerst voor wat betreft verknochte goederen, waarbij ik opmerk dat de verknochtheid in de voorbeelden aan de orde is gekomen in het kader van de verdeling van ontbonden huwelijksgemeenschappen. Het criterium dat in de rechtspraak is ontwikkeld is de "aard van het goed, zoals deze aard mede door de maatschappelijke opvattingen wordt bepaald".⁵ Bij het criterium 'de aard van het goed' moet met name gedacht worden aan de vraag of het gaat om een strikt persoonlijk (vorderings) recht.⁶ De maatschappelijke opvattingen zijn daarbij (mede) bepalend; het gaat in principe niet om een billijkheidsoordeel.⁷

De aanspraak op loon voor *nog te verrichten*

arbeid (eenzogenaaemde overbruggingsuitkering) is aangemerkt als een verknocht goed in HR 15 februari 2008, NJ 2008, 275, LJN BC0377. Een schadeloosstelling (gouden handdruk) wegens een *beëindigde arbeidsovereenkomst* is niet verknocht, aldus HR 22 maart 1996, NJ 1996, 640. Dat kan anders zijn als de schadeloosstelling ziet op het compenseren van de gevolgen van invaliditeit, aldus HR 23 december 1988, NJ 1989, 700: het invaliditeitspensioen werd verknocht geacht, mede omdat het strekte ter vervanging van *toekomstige* arbeidsinkomsten. Een eenmalige verzekeringsuitkering wegens arbeidsongeschiktheid werd niet verknocht geacht door Hof Den Bosch 27 maart 1995, NJ 1995, 676. In HR 17 oktober 2008, NJ 2009, 41, LJN BE9080 is onderscheid gemaakt tussen periodieke uitkeringen uit een stamrechtverzekering – die was afgesloten in het kader van de beëindiging van het dienstverband – die zien op de periode vóór en ná de ontbinding van de huwelijksgemeenschap. De uitkeringen die zien op de periode vóór de ontbinding vallen wel in de gemeenschap, die van ná de ontbinding niet.

Verknochtheid speelt in de praktijk vaak bij smartengeld. Het smartengeld werd verknocht geacht in HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 693: het dient naar zijn aard als compensatie voor leed van de vrouw, aldus de HR. De HR bepaalt datzelfde in die zaak ook voor de materiële schadevergoeding, nu deze uitsluitend betrekking had op financiële genoegdoening in de *toekomst*, na de ontbinding van het huwelijk. Voor de beoordeling van de verknochtheid moet derhalve – volgens HR 3 november 2006, NJ 2008, 258, LJN AX7805 – duidelijk worden gesteld op welke schade (bijvoorbeeld

toekomstig of niet) de schadevergoeding betrekking heeft.

Verknochtheid lijkt derhalve samen te hangen met de periode waarop de financiële genoegdoening ziet; een schadevergoeding of schadeloosstelling kan dus ook voor een deel wel en voor een deel niet verknocht zijn.⁸

En hoe staat het met verknochte schulden?⁹ Verhaalde bijstand ter zake van tijdens het huwelijk door een van de echtgenoten ontvangen bijstand is in ieder geval geen verknochte schuld: HR 27 mei 1983, NJ 1984, 146. Datzelfde geldt voor ten onrechte ontvangen sociale verzekeringsuitkeringen: HR 15 mei 1992, NJ 1993, 486. Ook belastingen en sociale premies zijn niet verknocht: HR 25 juni 1993, NJ 1994, 31. Hetgeen echter niet betekent dat deze schulden als huishoudelijk zijn aan te merken en de andere echtgenoot daarvoor dus *hoofdelijk* aansprakelijk zou zijn: HR 21 mei 2010, LJN BL2134. Verhaalsbijstand ter zake van tijdens een *vorig huwelijk* ontvangen bijstand levert wél een ‘verknochte’ schuld op: Rb. Den Haag 2 december 2005, LJN AU9129. Het Hof Den Haag oordeelde in 2006 dat een openstaande nota advocaatkosten voor een strafzaak van de man wegens een zedendelict (ook) als ‘bijzonder verknocht’ had te gelden.¹⁰

Ook vennootschapsschulden van de echtgenoot die met derden een vennootschap onder firma of maatschap drijft, zouden als ‘verknocht’ of als privéschulden aangemerkt kunnen worden, als men aanneemt dat het aandeel in de vennootschap of maatschap verknocht is of een privévermogen vormt. De literatuur is daar echter verdeeld over.¹¹ De HR

bepaalde in 1961¹² dat het aandeel in een VOF niet in de huwelijksgoederengemeenschap valt, maar deze uitspraak dateert nog van vóór de invoering van de ‘verknochtheid’, hetgeen voor een aantal auteurs reden is om deze uitspraak als niet meer geldend te beschouwen.¹³ Onder verwijzing naar de uitspraak van de HR uit 1961, bepaalde de Rb. Almelo in 2003 echter dat het aandeel van de vrouw in de VOF niet in de huwelijksgoederengemeenschap viel, maar dat de man wél een persoonlijk recht op verrekening heeft van de waarde van het vennootschapsaandeel.^{14 15}

Heel stellig is de uitspraak van het Hof Leeuwarden van 16 september 2008, LJN BF0905:

“Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad behoort het aandeel van een firmant van een v.o.f. tot het privé-vermogen van de firmant en valt dit niet in de huwelijksgemeenschap. Dit betekent dat ook de schulden die de firmant/echtgenoot in het kader van de uitoefening van de v.o.f. heeft gemaakt, als privé-schulden moeten worden aangemerkt en derhalve niet in de huwelijksgemeenschap vallen.”

Met deze uitspraken in de hand zou dus betoogd kunnen worden dat vennootschapsschulden privéschulden zijn, hetgeen van belang kan zijn bij de ontbinding van het huwelijk (art. 1:102 BW; zie verder deel II, onder 3a).

2b. De aansprakelijkheid van echtgenoten voor ‘hun’ schulden

De schulden en de gemeenschap van goederen (schema I)

In een huwelijk in gemeenschap van

goederen bestaan zes categorieën schulden, waarvoor een echtgenoot (hoofdelijk) aansprakelijk kan zijn:

- I. huishoudelijke schulden als bedoeld in art. 1:85 BW (schulden ten behoeve van de gewone gang van de huishouding), waarvoor beide echtgenoten hoofdelijk aansprakelijk zijn en overige schulden waaraan de wet een hoofdelijke aansprakelijkheid voor echtgenoten koppelt; zie bijvoorbeeld art. 7:266 lid 2 BW, waar de hoofdelijke aansprakelijkheid voor huurpenningen is vastgelegd;
- II. schulden die de echtgenoten gezamenlijk (als contractspartij) zijn aangegaan, waarvoor zij beiden (veelal hoofdelijk) aansprakelijk zijn; de hoofdregel bij deze schulden is dat de partijen naar evenredigheid aansprakelijk zijn (bij echtgenoten dus ‘fifty/fifty’), tenzij in het contract hoofdelijkheid is overeengekomen (art. 6:6 lid 1 BW); dit betekent dus dat het contract altijd gecontroleerd moet worden op hoofdelijke aansprakelijkheid;
- III. schulden die echtgenoot A is aangegaan (niet huishoudelijk), waarvoor A als contractspartij voor 100% aansprakelijk is;
- IV. schulden die echtgenoot B is aangegaan (niet huishoudelijk), waarvoor B als contractspartij voor 100% aansprakelijk is;
- V. privéschulden van A, waarvoor A als contractspartij voor 100% aansprakelijk is;
- VI. privéschulden van B, waarvoor B als contractspartij voor 100% aansprakelijk is.

De categorieën I t/m IV worden de gemeenschapsschulden genoemd.

De soorten V en VI zijn privéschulden.

Het gaat dan om schulden die zijn gemaakt met betrekking tot goederen die onder uitsluitingsclausule zijn verkregen, of om verknochte schulden. Onder het huidige recht vallen deze formeel allemaal onder de verknochte schulden als bedoeld in art. 1:94 lid 3 BW.¹⁶ Naar nieuw recht wordt lid 3 (en dus de categorie verknochte schulden) gehandhaafd, maar bepaalt art. 1:94 lid 5 BW *nieuw* daarnaast dat de schulden die gemaakt worden met betrekking tot goederen die van de gemeenschap zijn uitgezonderd, (ook) niet tot de gemeenschap behoren. Daaronder vallen dan de schulden die gemaakt zijn met betrekking tot een goed dat door een uitsluitingsclausule privé is verkregen.

De externe aansprakelijkheid

De schuldeiser kan slechts nakoming eisen van de contractspartij, dan wel van de op grond van de wet aangewezen (hoofdelijke) schuldenaar. Een schuldeiser kan dus slechts diens *schuldenaar* aanspreken.

De externe *aansprakelijkheid* voor schulden (schuld/aansprakelijkheid) moet in het huwelijksvermogensrecht goed gescheiden worden van de *verhaalbaarheid* van de schuld, en van de *draagplicht*.

2c. De verhaalbaarheid van schulden

Een schuldeiser heeft krachtens art. 3:276 BW *verhaal* op de goederen van zijn *schuldenaar*. Indien de schuldenaar in gemeenschap van goederen is gehuwd, valt onder zijn/haar vermogen naast een eventueel privévermogen ook het huwelijksvermogen/gemeenschapsvermogen.

Dus, omgezet naar de zes soorten schulden, zijn de verhaalsmogelijkheden als volgt (**schema II**):

- I. de schuldeiser kan verhaal nemen op het privévermogen van A en B + het gemeenschapsvermogen (art. 1:96 lid 1 BW *nieuw*);
- II. de schuldeiser kan verhaal nemen op het privévermogen van A en B + het gemeenschapsvermogen (art. 1:96 lid 1 BW *nieuw*);
- III. de schuldeiser kan verhaal nemen op het privévermogen van A + het gemeenschapsvermogen (art. 1:96 lid 1 BW *nieuw*);
- IV. de schuldeiser kan verhaal nemen op het privévermogen van B + het gemeenschapsvermogen (art. 1:96 lid 1 BW *nieuw*);
- V. de schuldeiser kan verhaal nemen op het privévermogen van A + het gemeenschapsvermogen, waarbij geldt dat B het recht heeft om privégoederen van A aan te wijzen waarop in eerste instantie verhaal moet worden gezocht (art. 1:96 lid 2 BW *nieuw*);
- VI. de schuldeiser kan verhaal nemen op het privévermogen van B + het gemeenschapsvermogen, waarbij geldt dat A het recht heeft om privégoederen van B aan te wijzen waarop in eerste instantie verhaal moet worden gezocht (art. 1:96 lid 2 BW *nieuw*).

2d. De draagplicht

De draagplicht ziet op de vraag in welk vermogen de schuld moet worden gedragen. De schulden I t/m IV (gemeenschapsschulden;

zie schema I) moeten voor 100% worden gedragen door het gemeenschapsvermogen. De schulden V en VI (privéschulden; zie schema I) moeten voor 100% worden gedragen in het betreffende privévermogen. Indien op enig moment een schuld die door de gemeenschap moet worden gedragen uit een privévermogen wordt voldaan, dan heeft het privévermogen een vordering op de gemeenschap. Uiteraard geldt dat ook andersom: als een schuld die door een privévermogen moet worden voldaan uit de gemeenschap wordt voldaan, dan heeft de gemeenschap een vordering op dat privévermogen. Zie: art. 1:96 lid 3 en 4 BW *nieuw*.

In deel II van dit artikel ga ik nader in op de situatie na de ontbinding van de gemeenschap van goederen en art. 61 Fw.

* *Mr. Helene Lammers is sinds 1998 docent Wsnp-bewindvoedersopleiding en auteur op dat gebied, voormalig advocaat en Wsnp-bewindvoerder.*

- 1 *Koude uitsluiting wil zeggen: huwelijkse voorwaarden waarbij iedere vorm van gemeenschap of verrekening is uitgesloten.*
- 2 *Wet van 18 april 2011 tot wijziging van de titels 6, 7 en 8 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen), Staatsblad 2011 (205).*
- 3 *Tweede Kamer, vergaderjaar 2010–2011, 32 870, nr. 2.*
- 4 *Tweede Kamer, vergaderjaar 2010–2011, 28 867, nr. 22.*
- 5 *HR 15 februari 2008, NJ 2008, 275, LJN BC0377.*
- 6 *B. Breederveld, De huwelijksgemeenschap bij echtscheiding (diss.), Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 126.*
- 7 *Breederveld, p. 125.*
- 8 *Asser/De Boer I* 2010, nr. 316.*
- 9 *Over de begrippen privéschulden en verknochte schulden valt heel wat meer te zeggen, dat echter het bestek van dit artikel te buiten gaat. Zie nader Breederveld, p. 213 e.v.*
- 10 *Hof Den Haag 22 november 2006, RFR 2007, 22.*
- 11 *Zie voor een bespreking van de standpunten: Breederveld, p. 154 – 156.*
- 12 *HR 15 december 1961, NJ 1962, 48.*
- 13 *Breederveld, p. 155.*
- 14 *Rechtbank Almelo 13 augustus 2003, LJN AI1322.*
- 15 *Indien het wetsvoorstel titel 7.13 BW (vennootschap 28 746) zou worden ingevoerd, had art. 7:808 BW (nieuw) voor een vennoot die gehuwd is of geregistreerd is in een gemeenschap van goederen bepaald dat uitsluitend zijn economische gerechtigheid in het vermogen van de vennootschap in de (huwelijks)gemeenschap van goederen kan vallen. Bij ontbinding van het huwelijk zou dan de waarde van de economische deelgerechtigheid moeten worden verrekend. De invoering van dit wetsvoorstel is echter zeer ongewis.*
- 16 *Asser/De Boer I* 2010, nr. 379j.*

31 - BTW (omzetbelasting) problematiek bij uitdelingen

*Hans Wiggers en Doreen Arends-Kosters**

1. Ontstaan van de vordering

De vordering ex art. 29 lid 2 Wet op de Omzetbelasting 1968 (hierna: Wet OB) kan alleen ontstaan wanneer de saniet een ondernemer is in de zin van de Wet OB, en de omzetbelasting over de schulden die hij niet heeft betaald via zijn aangifte heeft teruggevorderd en betaald heeft gekregen.

Leveranciers brengen aan een afnemer een vergoeding in rekening, vermeerderd met omzetbelasting voor geleverde prestaties. Deze omzetbelasting moet door de leverancier op aangifte worden voldaan. De afnemer brengt de aan hem in rekening gebrachte omzetbelasting in vooraf trek op de te betalen omzetbelasting en vraagt deze zodoende op aangifte terug. Bedraagt de in vooraf trek gebrachte omzetbelasting meer dan de verschuldigd geworden omzetbelasting, dan betaalt de belastingdienst hem het verschil terug. De terug te ontvangen omzetbelasting wordt door de inspecteur bij beschikking vastgesteld. Tegen deze beschikking kan bezwaar worden gemaakt.

2. Wsnp

In geval van een schuldsanering op grond van de Wsnp heeft de ondernemer, de afnemer in de voorgaande alinea en thans de saniet, bijna altijd zijn omzetbelastingsschulden niet tijdig aan de ontvanger betaald. De schuldeisers van de saniet kunnen hun onbetaald gebleven

vordering(en), inclusief omzetbelasting, bij de bewindvoerder ter verificatie in de schuldsaneringsregeling indienen (art. 257 Fw).

Bij een uitdeling of een akkoord wordt uiteindelijk maar een (klein) deel van de schulden aan de schuldeisers betaald en zodoende ook maar een (evenredig) deel van de daarin begrepen omzetbelasting. Volgt er geen uitdeling of akkoord dan krijgen de schuldeisers niets.

De schuldeisers claimen, op grond van art. 29 lid 1 Wet OB, bij de fiscus het omzetbelastinggedeelte terug over het deel van hun vordering dat onbetaald is gebleven. In de regel wordt deze omzetbelasting bij beschikking door de inspecteur vastgesteld en door de ontvanger terugbetaald. De tegenhanger van deze terugbetaling is een vordering op saniet voor eenzelfde bedrag op grond van artikel 29 lid 2 wet OB.

3. Positie belastingdienst

De belastingdienst heeft eerst de afdracht van omzetbelasting van de leveranciers ontvangen. Daarna betaalt de belastingdienst twee maal uit: eerst als vooraf trek aan de latere saniet op grond van de door de schuldeisers gezonden facturen en, na het van toepassing worden van de schuldsaneringsregeling, aan de schuldeisers op grond van art. 29 lid 1 Wet OB.

De leden 1 en 2 van artikel 29 lid 2 wet OB worden volledig onafhankelijk van elkaar toegepast. De bedoeling is dat de door de bij beschikking terug te geven en te vorderen omzetbelasting aan elkaar gelijk zullen zijn.

Echter, de art 29 lid 2 Wet OB vordering zal vrijwel nooit door de ontvanger van de saniet worden ontvangen.

De claim van de belastingdienst uit hoofde van art. 29 lid 2 Wet OB dient te worden beschouwd als een preferente faillissementsschuld. Ten aanzien van de vordering die de bewindvoerder zou kunnen hebben uit hoofde van art. 29 lid 1 Wet OB omdat debiteuren van de saniet net betalen, is de status niet eenduidig. Deze laatste vordering betreft de aan de debiteuren verzonden facturen waarvan de BTW is afgedragen, maar de vordering onbetaald is gebleven. Een aantal eenheden van de belastingdienst neemt het standpunt in dat voor zover de betreffende debiteuren na het van toepassing worden van de schuldsanering van hun crediteur (de saniet) oninbaar zijn geworden, de vordering kwalificeert als een boedelvordering. De meeste eenheden kwalificeren deze vordering als een pré-faillissementsvordering en is de vordering, welke kan worden verrekend met de 29 lid 2 Wet OB schuld.

4. Problematiek

De uiteindelijke en definitieve artikel 29 lid 2 OB-vordering van de belastingdienst is afhankelijk van de vraag of er aan de concurrente schuldeisers, wat leveranciers bijna altijd zijn, een uitkering kan worden gedaan. Of een uitkering aan hen kan worden gedaan, kan eerst worden vastgesteld nadat de boedelvorderingen, boedelschulden, preferente schuldeisers zijn voldaan en alle activa te gelde zijn gemaakt.

De voorlopige artikel 29 lid 2 OB-vordering is gebaseerd op de vooronderstelling dat de crediteuren in het geheel niets krijgen. Krijgen de crediteuren uiteindelijk bijvoorbeeld 30% van hun vordering betaald, dan betekent dit dat de artikel 29 lid 2 OB-vordering van de belastingdienst met 30% moet worden verlaagd. Het rekenkundig probleem dat zich in een dergelijke situatie voordoet wordt het "Droste-effect" genoemd. Aan de ene kant neemt de artikel 29 lid 2 Wet OB vordering af naarmate het uitkeringspercentage toeneemt. Door het toenemen van het uitkeringspercentage neemt de OB vordering af. Door de vermindering van de artikel 29 lid 2 Wet OB vordering komt er weer meer beschikbaar voor de crediteuren, hierdoor wijzigt weer het uitkeringspercentage en ga zo maar door.

5. Definitieve berekening artikel 29 lid 2 OB-vordering

Om het Droste-effect te kunnen ondervangen is er een formule opgesteld met behulp waarvan het uitkeringspercentage aan de concurrente crediteuren kan worden berekend.

De formule luidt: $U = (A - B) / (C - B)$.

A= resterend boedelactief, ten behoeve van uitdeling aan zowel de concurrente crediteuren als aan de belastingdienst ex artikel 29 lid 2 OB.

B= art. 29 lid 2 OB vordering van de belastingdienst, indien er geen uitkering volgt aan de concurrente crediteuren.

C= totaal van de vorderingen van concurrente crediteuren, inclusief BTW.

U= uitkeringspercentage aan de fiscus ex artikel 29 lid 2 OB.

Door invulling van deze formule wordt het uitkeringspercentage aan de concurrente crediteuren gevonden. Voor de definitieve art. 29 lid 2 vordering van de belastingdienst geldt het percentage dat 100% complementeert.¹

Deze formule geldt alleen in het geval dat:

- er geen preferente vorderingen zijn met BTW;
- er geen post-concurrente vorderingen zijn met BTW, die een gelijke rangorde hebben als sommige concurrente crediteuren (bijvoorbeeld ingeval van specifieke achterstelling bij bepaalde concurrente crediteuren.)

Een rekenkundig voorbeeld

Gegevens

A resterend boedelactief	€ 44.000,-
B 29-2 claim bij 0% uitkering	€ 19.000,-
C totaal concurrenten incl. BTW	€ 119.000,-

Formule

$$U = (A - B) / (C - B)$$

$$U = (44.000 / 19.000) / (119.000 - 19.000)$$

$$U = 25.000 / 100.000$$

$$U = 25$$

$$100 - U = 75$$

Uitkering

Concurrenten	€ 119.000 * 25%	€ 29.750,-
Fiscus	€ 19.000 * 75%	€ 14.250,-

De formule en uitdeling aan preferente crediteuren

Indien de vordering van preferente crediteuren geheel wordt voldaan, en daarmee ook de BTW op deze vordering, dan moet de voorlopige artikel 29 lid 2 Wet OB vordering worden verminderd met het aan de preferente crediteuren uit betaalde bedrag aan BTW, voordat de hierboven genoemde formule kan worden toegepast.

Indien de preferente crediteuren partieel worden betaald, dient aldus de partieel betaalde BTW in mindering worden gebracht op de voorlopige artikel 29 lid 2 – vordering voordat de formule kan worden toegepast.

Standaard Financieel Verslag

Door de INSOLAD werkgroep Afwikkeling Faillissementen is een Standaard Financieel Verslag (SFV) ontwikkeld in Excel. In dit rekenprogramma is een apart tabblad opgenomen voor de berekening van de art. 29 lid 2 Wet OB vordering en de hoogte van de uitkering aan crediteuren en is beschikbaar voor leden: www.insolad.nl.

Ook bestaat software voor het vervaardigen van financiële verslagen in insolventies welke bij commerciële bureaus kunnen worden gekocht.

**Mr. H.A. (Hans) Wiggers en Doreen Arends-Kosters, advocaat-belastingkundige respectievelijk insolventiemedewerkster bij Wiggers Gunning Advocaten en belastingkundigen te Velp (Gld).*

¹ Is het uitkeringspercentage voor concurrente crediteuren 30%, dan is de definitieve art. 29 lid 2 Wet OB vordering 70% van de voorlopige.

32 - Reorganisatie onderneming via Wsnp

Deel 3: Aanbieding akkoord

Geert Benedictus

1. Inleiding

Een ondernemer die in financieel zwaar weer verkeert, heeft verschillende mogelijkheden een regeling te treffen met zijn schuldeisers, zowel buitengerechtelijk, gerechtelijk als een combinatie van deze twee. Een regeling kan gericht zijn op liquidatie van de onderneming en sanering van de restantschuld of een regeling is gericht op sanering van de schulden en continuering van de onderneming.

In alle gevallen van sanering dient de schuldenaar zich te realiseren dat schuldeisers het recht hebben op volledige nakoming van de aangegane verplichting. Schuldeisers kunnen zich verhalen op het volledige vermogen van schuldenaar (art. 3:276 BW). Een akkoord is een overeenkomst tussen schuldenaar en schuldeisers, waarvan de kern is dat van dit recht wordt afgezien. Via een akkoord doen schuldeisers, al dan niet onder gerechtelijke dwang, afstand van (een deel van) hun verhaalsrechten.

2. Minnelijk of wettelijk akkoord

Uitgangspunt van de wetgever is dat een minnelijke sanering de voorkeur verdient boven een wettelijke regeling (zie artikel 285 lid 1 sub f Fw en de toelichtingen op wetsvoorstel 29 942). Een van de instrumenten om dat te

bereiken is het dwangakkoord van artikel 287a Fw. Bij een ondernemer natuurlijk persoon is een minnelijke schuldregeling niet altijd aan te bevelen boven een wettelijke schuldregeling. Het ontbreekt de minnelijke regeling aan een aantal instrumenten waarover de Wsnp-bewindvoerder wel kan beschikken en die bij de uitvoering van de schuldregeling van cruciaal belang zijn. In tegenstelling tot de wettelijke sanering kent de minnelijke sanering geen duidelijk fixatiemoment. Je zou kunnen zeggen: op het moment dat alle schuldeisers hebben ingestemd is er een regeling van kracht en dat is het fixatiemoment. Of is het fixatiemoment het moment dat het akkoord wordt aangeboden? Hoe dan te handelen in de periode tussen aanbieding van het akkoord en het moment dat alle schuldeisers (al dan niet via gerechtelijke dwang) hebben ingestemd? Stellen cruciale leveranciers/schuldeisers zich op als dwangcrediteur? Hoe zal de opstelling van fiscus en pandhouder zijn op het moment dat men kennis neemt van een minnelijke schuldregeling? Ontstaat er een wedloop van het recht van de sterkste of brutaalste? Hoe verhoudt zich dit tot de *paritas creditorum*?

Verder ontbeert het de minnelijke sanering aan een aantal cruciale gereedschappen. Het niet gestand doen van overeenkomsten (artikel 313 jo. 37 Fw), beëindigen van dienstverbanden (art. 313 jo. 40 Fw), afkoelingsperiode (art. 313 jo. 63a Fw) zijn maar enkele voorbeelden van onmisbare gereedschappen bij vereffening van bedrijfsmatig vermogen. Vermoedelijk heeft de wetgever bij de invoering van wetsvoorstel 29 942 meer de 'particulier met Wehkamp-schulden' voor ogen gehad dan de ondernemer met een complexe samenstelling van schulden en

bezittingen. Dit artikel bespreekt reorganisatie van de onderneming via Wsnp en bespreekt verder de akkoordaanbieding in het wettelijke traject.

3. Aanbieding van het wettelijke akkoord in de Wsnp (art. 329 Fw)

De schuldenaar is in de Wsnp bevoegd ten aanzien van vorderingen waarvoor de schuldsaneringsregeling werkt aan de schuldeisers van die vorderingen een akkoord aan te bieden (art. 329 Fw). De rechter-commissaris stelt dadelijk na neerlegging van het ontwerp van het akkoord een datum vast voor de behandeling ervan. De eerstvolgende mogelijkheid het akkoord te behandelen is de datum waarop de verificatievergadering is vastgesteld. Mocht deze datum nog niet zijn vastgesteld dan zal de rechter-commissaris deze overeenkomstig artikel 289 lid 2 Fw vaststellen. De verificatievergadering zal niet eerder worden gehouden dan twee maanden na uitspraak van de sanering. Heeft de verificatievergadering al plaatsgevonden, dan stelt de rechter-commissaris een datum vast waarop de schuldeisers over het aangeboden akkoord worden geraadpleegd en beslist.

Eenmaal toegelaten tot de Wsnp is de ondernemer zelf de regie kwijt en is aangewezen op de bewindvoerder. Het is nog maar de vraag of de bewindvoerder hetzelfde doel voor ogen heeft als de ondernemer. Soms vormt een akkoord een onderdeel van een doorstartscenario en soms dient een akkoord alleen maar tot het eerder verkrijgen van een 'schone lei'. Voor de ondernemer die een doorstart wenst te maken kan dit gebrek aan

eigen controle/regie een drempel vormen. Mits zorgvuldig, deskundig en onafhankelijk uitgevoerd is het aan te bevelen het wettelijke deel van een traject te laten uitvoeren door de partij die ook het minnelijk traject heeft uitgevoerd. Dit is ook in de lijn met het systeem van (stille) bewindvoerder in het Voorontwerp Insolventiewet, waar minnelijk en wettelijk in elkaar overgaat. In TvI 2011/23 bepleit Mr.drs. N.W.A. Tollenaar een soortgelijk systeem in het artikel 'Faillissementsrechtters van Nederland: geef ons de pre-pack!'.¹

4. Informeren schuldeisers

Publicatie van de akkoordaanbieding vindt alleen plaats indien deze in aansluiting op de verificatievergadering wordt gehouden. De bewindvoerder dient zowel bij neerlegging van het akkoord (artikel 329 lid 6 Fw) als bij neerlegging van de schuldenlijsten (artikel 328 jo. 115 Fw) schuldeisers te informeren. Artikel 329 lid 6 Fw stemt wat betreft de verplichting schuldeisers te informeren overeen met artikel 322 Fw.

De bewindvoerder dient volgens de Recofa-richtlijn 5.1 schuldeisers te informeren over de inhoud van het akkoord en hij dient gemotiveerd aan te geven of het akkoord naar verwachting een hogere of gelijke uitkering vertegenwoordigt, dan bij continuering van de schuldsaneringsregeling.

'Gemotiveerd aangeven' kan worden opgevat als het actief verstrekken van gegevens waardoor schuldeisers zich een oordeel kunnen vormen over het aangeboden akkoord. Naast een berekening van het 'vrij te laten bedrag' volgens

het Rapport van de werkgroep rekenmethode Recofa (Recofa richtlijn 3.8 onder a) is het aan te bevelen tevens een nadere toelichting te verstrekken. Rb Roermond (30 juni 2001, JRvR 2001-260) maakt korte metten met de bewindvoerder die schuldeisers onvoldoende informeert. In de zaak die tot die uitspraak leidde had de bewindvoerder zich bij de informatieverstrekking aan schuldeisers beperkt tot de mededeling dat het ontwerpakkoord ter inzage bij de griffie is neergelegd en heeft meegedeeld welk deel van de vordering met het akkoord zal worden voldaan.

De vraag of de schuldenaar (of in diens plaats de bewindvoerder) de schuldeisers voldoende heeft geïnformeerd over het akkoord speelt niet alleen tijdens de behandeling van het akkoord vooraf aan de stemming, maar is ook relevant voor de homologatie (goedkeuring) ervan door de rechtbank. Rb Alkmaar (30 januari 2003, JRvR 2003-382) houdt de homologatiezitting aan omdat uit de stukken niet blijkt dat schuldeisers voldoende zijn geïnformeerd. Over het algemeen zal het zo zijn dat in een sanering van een onderneming de samenstelling en bepaling van het te vereffenen actief complexer is dan bij een schuldenaar zonder onderneming (particulier). Derhalve mogen bij de aanbidding van een akkoord door een ondernemer hogere eisen worden gesteld aan de informatievoorziening aan schuldeisers.

5.1 Behandeling van het akkoord

Recofa gaat er van uit dat schuldeisers een volmacht ontvangen om voor of tegen het aangeboden akkoord te stemmen (artikel 5.1 onder e Recofa-richtlijnen). Een volmacht is

de bevoegdheid die iemand verleent aan een ander om in zijn naam rechtshandelingen te verrichten (art. 3:60 BW). Het model volmacht welke Recofa voorstaat is erg summier. Aan te bevelen is in de volmacht op te nemen dat de volmachtgever heeft kennisgenomen van het aan te bieden akkoord en zich bewust is van het niet kunnen innen van de restvordering. Tevens is het aan te bevelen substitutie in de volmacht op te nemen (art. 3:64 BW). Bij verhindering van de gevolmachtigde kan deze de aan hem verleende volmacht aan een ander (kantoorgenoot) verlenen.

Alleen de schuldeisers met vorderingen ten aanzien waarvan de schuldsaneringsregeling werkt zijn bevoegd tot stemming (art. 332 lid 2 Fw). Het systeem van voorwaardelijke vorderingen en betwisting van vorderingen zoals dat bij een faillissement van toepassing is, is ook van toepassing verklaard in de schuldsaneringsregeling (art. 328 lid 1, 340 lid 3, 349 lid 5 Fw). Betwisting van een vordering of betwisting van de preferentie zouden achteraf tot de situatie kunnen leiden dat niet voldaan is aan de stemverhouding nodig voor aanneming van het akkoord. In titel I van de Faillissementswet wordt dit probleem gerepareerd door artikel 147 Fw. Daar is bepaald dat latere veranderingen in het getal van schuldeisers of het bedrag van de vorderingen geen invloed hebben op de aanneming, vaststelling of verwerping van het akkoord. In titel II is via artikel 268 lid 2 Fw artikel 147 Fw van toepassing verklaard. Dit voorkomt dat er achteraf een beroep op dwaling kan worden gedaan. Opmerkelijk is dat in titel III geen schakelbepaling is opgenomen naar dit artikel. Dat betekent dat de rechter-commissaris dit artikel in voorkomende gevallen van

toepassing dient te verklaren (Rb Leeuwarden, 2 november 2010, JRvR 2011-1225).

Een akkoord kan alleen gehomologeerd worden als deze is aangenomen of vastgesteld (art. 335 Fw). De criteria voor aanneming van het akkoord in schuldsaneringsregeling zijn minder strak dan aanvankelijk bij faillissement. Nadien is het soepeler regime van aanname akkoord in schuldsanering vrijwel geheel overgenomen bij faillissement en surseance. Hoewel de tekst van artikel 145 Fw (bij faillissement) en artikel 322 Fw (bij Wsnp) tekstueel niet gelijk is, heeft de wetgever beoogd ook bij faillissement minder stringente eisen te stellen voor aanname van een akkoord (MvT, vergaderjaar 1999-2000, 27 244 nummer 3, pagina 19).

5.2 Slechts één of twee preferente schuldeisers

In veel schuldsaneringsregelingen is er sprake van slechts één of twee preferente schuldeisers. Een $\frac{3}{4}$ meerderheid halen in een groep schuldeisers die uit één of twee leden bestaat valt niet mee. De uitkomst van de stemming in een groep van twee leden kan zijn: 100/0, 50/50 of 0/100.

De benodigde meerderheid volgens artikel 332 lid 3 Fw kan in deze situatie alleen worden gehaald als alle preferente schuldeisers instemmen met het aangeboden akkoord. Het kwantum van artikel 332 lid 4 Fw kan alleen worden gehaald als er minimaal vier schuldeisers in een stemgroep zijn vertegenwoordigd. Bij minder dan vier schuldeisers per groep zouden deze schuldeisers elk over een vetorecht beschikken. Is dit wat de wetgever voor ogen

had met de invoering van deze bepaling? De jurisprudentie hierover is niet eenduidig. Rb Arnhem (31 maart 2000, JRvR 2000-140) geeft een praktische uitleg en stelt dat er in de praktijk er zelden meer dan een of twee preferente schuldeisers opkomen. De rechtbank erkent dat volgens de letterlijke tekst van artikel 332 lid 4 Fw de benodigde meerderheid ontbreekt, maar rondt naar boven af. De motivering van de rechter-commissaris is dat *'redelijke en op de praktijk toegesneden uitleg van deze bepaling brengt met zich dat de wetgever niet kan hebben beoogd dat in een situatie als de onderhavige de rechter-commissaris niet deze bevoegdheid zou hebben, aangezien in schuldsaneringsregelingen zelden meer dan twee preferente schuldeisers worden aangetroffen'*.

Rechtbank Haarlem (28 juli 2009, LJN BJ5456) volgt rechtbank Arnhem niet en stelt dat het standpunt van rechtbank Arnhem geen steun vindt in de wet en de wetsgeschiedenis. Dit in tegenstelling tot de rechtbank van Roermond (Rb Roermond 25 november 2009, JRvR 2010-955). Rechtbank Roermond gaat nog een stap verder dan rechtbank Arnhem. In onderhavig geval heeft de enige preferent schuldeiser tegen gestemd. De enige preferente schuldeiser heeft een vordering van € 956,00 terwijl de instemmende concurrente schuldeisers een bedrag vertegenwoordigen van € 162.078,56. De rechtbank staat voor de beoordeling of het door de rechter-commissaris vastgestelde akkoord gehomologeerd kan worden. Een redelijke en op de praktijk toegesneden uitleg van voornoemde bepaling brengt, aldus rechtbank Roermond, met zich dat de wetgever niet kan hebben beoogd dat in een situatie als deze de rechter-commissaris de bevoegdheid

niet zou hebben om een aangeboden akkoord vast te stellen als ware het aangenomen. De rechtbank neemt, net als de rechter-commissaris, daartoe in aanmerking dat zelden meer dan twee preferente schuldeisers worden aangetroffen alsmede dat artikel 287a van de Faillissementswet, dat ziet op een vergelijkbare situatie met alleen dit verschil dat het gaat om een (dwang)akkoord aangeboden voorafgaand aan een verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsregeling, niet de eis van een gekwalificeerde meerderheid van de schuldeisers stelt en daarenboven geen onderscheid maakt tussen preferente schuldeisers en concurrente schuldeisers.

De ontwikkelingen met betrekking tot de positie van preferente schuldeisers bij onderhandse akkoorden en het dwangakkoord 287a Fw maken naar mijn mening een aparte stemgroep voor preferente schuldeisers bij een art. 329 Fw akkoord achterhaald. Er zou kunnen worden volstaan met een stemgroep, waar desgewenst aan een preferent schuldeiser een zwaardere stemwaarde wordt toegekend (dubbele uitdeling conform artikel 349 lid 2 Fw zou een dubbele stemwaarde kunnen opleveren).

6. Homologatie-akkoord

De schuldsaneringsregeling heeft geen eigen regime wat betreft homologatie van het akkoord. Via artikel 338 lid 2 Fw wordt artikel 153 lid 2 en 3 Fw van toepassing verklaard. Als belangrijkste toets wordt gezien de toets of voortzetting van de schuldsaneringsregeling voor schuldeisers een hogere uitkering zal opleveren dan die uit hoofde van het akkoord.

Een van de waarborgen van de schuldsaneringsregeling is dat de bewindvoerder op grond van artikel 324 jo. 94 lid 1 en 2 Fw overgaat tot het opmaken van een boedelbeschrijving. In het verzoekschrift tot toelating tot de schuldsaneringsregeling dient eveneens een boedelbeschrijving te worden overlegd (art. 285 lid 1 onder b), maar deze beschrijving is eenvoudig van aard (volgens Engberts 2010, T&C Insolventierecht, aantekening bij artikel 285 Fw). De checklist huisbezoek (artikel 3.3 Richtlijnen Schuldsanering) kan gezien de opgave van goederen worden beschouwd als een boedelbeschrijving bedoeld in artikel 94 Fw.

De rechtbank zal op grond van artikel 153 lid 2 Fw moeten toetsen of de baten van de boedel de akkoordsom (aanmerkelijk) te boven gaan. Zonder een deugdelijke boedelbeschrijving is deze beoordeling niet te maken.

In faillissement is de doelstelling van een akkoord volgens Wessels Insolventierecht VI, 3^e druk, 2010 par. 2, 'het voorkomen van gerechtelijke vereffening'. Ik zou daar aan willen toevoegen dat indien het actief ten tijde van de akkoordaanbieding al is vereffend, het akkoord uitsluitend tot doel zal hebben het faillissement zonder restschuld te beëindigen in die zin dat schuldeisers na homologatie van het akkoord geen verhaal meer hebben bij schuldenaar.

Bij de toets van artikel 153 lid 2 Fw gaat het niet alleen om de staat van de boedel op het moment van aanbieding akkoord, maar dienen ook te worden meegenomen de baten die schuldenaar naar verwachting nog zal verkrijgen. (zie HR 14 december 2001, LJN AD5362). In dit arrest stelt de HR dat de

omvang van het boedelvermogen wordt bepaald door artikel 295 Fw. Artikel 295 lid 1 Fw stelt dat ook de goederen die tijdens de looptijd van de sanering worden verkregen tot het boedelvermogen behoren. De looptijd van de sanering bedraagt op grond van artikel 349a Fw drie jaar, te rekenen vanaf de dag van uitspraak. De rechter (bij toelating of in later stadium in het kader van artikel 350 of 352 Fw) of de rechter-commissaris kan de looptijd van de sanering wijzigen. Een wijziging van de looptijd heeft direct gevolgen voor de hoogte van de akkoordsom. Als een akkoord eenmaal is aangenomen of vastgesteld, is er geen wijziging meer mogelijk. Een wijziging om een aangenomen of vastgesteld akkoord gehomologeerd te krijgen is niet toegestaan.

7. Conclusie

Zowel bij het realiseren van een doorstart van een onderneming als bij het tussentijds

verkrijgen van een 'schone lei' vormt de mogelijkheid om tijdens de Wsnp een akkoord aan te bieden een prachtig stuk gereedschap. Een akkoord is een 'verkorte Wsnp' met daarbij alle wettelijke waarborgen en de opbrengst van een reguliere Wsnp. De schuldhulpverlening aan ondernemers wordt steeds meer een combinatie van schuldhulpverlening en bewindvoering Wsnp. Daarbij is aan te bevelen dat de rechtelijke macht meer gaat denken in de lijn van het Voorontwerp Insolventiewet, waar minnelijk en wettelijk in elkaar overgaan. Het kwaliteitssysteem van de Raad voor Rechtsbijstand biedt mogelijkheden om de overgang van minnelijk naar wettelijk te gaan waarborgen. De (private) schuldhulpverlening staat de komende jaren voor grote uitdagingen en daarin kan het wettelijke akkoord een cruciale rol spelen.

33 - De poging tot een buitengerechtelijke schuldregeling en de toegang tot de Wsnp

*Arthur Bletterman**

1. Inleiding

Een van de doelstellingen van de wetswijziging die per 1 januari 2008 in de Faillissementswet is doorgevoerd, is het minnelijk traject te versterken en daardoor de instroom in de Wsnp te beperken. Met de wetswijziging beoogde de wetgever meer recht

te doen aan de 'stok achter de deur'-functie van de Wsnp. Zoveel mogelijk personen die zich in een problematische schuldensituatie bevinden dienen via een minnelijk traject tot een oplossing te komen. De hoofddoelstellingen van de Wsnp zijn na de wetswijziging ongewijzigd gebleven: enerzijds via een streng gecontroleerd financieel regime tot zo hoog mogelijke uitkeringen aan de schuldeisers te komen en anderzijds een langdurige uitzichtloze schuldensituatie te beëindigen door de schuldenaar uitzicht te bieden op een schone lei.

Voordat iemand een Wsnp-verzoek indient, zal hij eerst een serieuze poging moeten

ondernemen om een buitengerechtelijke schuldregeling te treffen met zijn schuldeisers. Artikel 285 lid 1 sub f Fw vereist een met redenen omklede verklaring dat er geen reële mogelijkheden zijn om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen als bijlage bij het Wsnp-verzoekschrift. De wetgever vertrouwt de buitengerechtelijke schuldregeling niet aan elke persoon of instelling toe. Artikel 288 lid 2 sub b Fw sluit de toegang tot de Wsnp af indien de poging tot een buitengerechtelijke schuldregeling niet is uitgevoerd door een persoon of instelling als bedoeld in art. 48 lid 1 Wet op het Consumentenkrediet (Wck). In zijn arrest van 5 november 2010 (LJN BN8060) past de Hoge Raad deze regel restrictief toe. Slechts de in art. 48 lid 1 Wck genoemde personen of instellingen voldoen aan het criterium van art. 288 lid 2 sub b Fw.

In dit artikel betoog ik dat de toegang tot de Wsnp voor de goedwillende schuldenaar gezien de huidige ontwikkelingen in de schuldhulpverlening, teveel wordt beperkt. Vanwege inconsistenties in de regelgeving ten aanzien van het minnelijk traject kan het zijn dat de schuldenaar een minnelijk traject aflegt dat niet in strijd is met de Wck, maar hij desondanks zijn weg naar de Wsnp afgesloten ziet. In sommige gevallen wordt de schuldenaar via de Faillissementswet gedwongen zich aan een regime van hulpverlening te onderwerpen dat op gespannen voet staat met de doelstellingen van de Wsnp.

2. Hoge Raad 5 november 2010, LJN BN8060

In de praktijk wordt schuldhulp regelmatig

verleend door instellingen die zich op speciale doelgroepen van schuldenaren richten en die hun werk op enige afstand, maar wel met instemming van de gemeente of de kredietbank verrichten. Ook in de zaak die leidde tot de uitspraak van de Hoge Raad van 5 november 2010 (LJN BN8060) was dit het geval. Het ging om een aan een kerkgemeenschap gerelateerde stichting die al vijftien jaar in samenwerking met de Stadsbank Oost Nederland en andere instellingen aan schuldhulpverlening deed.

De vraag die de Hoge Raad moest beantwoorden was of de stichting een persoon of instelling als bedoeld in artikel 48 lid 1 Wck was, waardoor de verzoeker zou voldoen aan de toets van artikel 288 lid 2 sub b Fw. Rechtbank en hof beantwoordden die vraag ontkennend. Het cassatiemiddel betoogde dat artikel 48 lid 1 sub a Wck schuldbemiddeling 'om niet' toestaat en de stichting om die reden als een op voet van dit artikel tot schuldbemiddeling toegelaten instelling moest worden aangemerkt. De schuldhulpverlening had immers om niet plaats gevonden.

De Hoge Raad stelt zich in het arrest op het standpunt dat de poging tot een buitengerechtelijke schuldregeling door de stichting niet aan het criterium van art. 288 lid 2 sub b Fw voldoet. Hij legt uit dat met dit artikel wordt beoogd de kwaliteit van buitengerechtelijke schuldregelingen te bevorderen, zodat het vertrouwen daarin wordt verhoogd. De stichting was niet aangewezen op de voet van artikel 48 lid 1 sub d Wck en ook niet door de gemeente gemandateerd om verklaringen ex art. 285 lid 1 sub f Fw af te geven. De enige grond om de stichting aan te merken

als een tot schuldbemiddeling toegelaten instelling zou zijn, dat de schuldhulpverlening om niet had plaatsgevonden. Het enkele feit dat schuldhulpverlening om niet plaatsvindt, is volgens de Hoge Raad geen waarborg voor de kwaliteit die de wetgever heeft beoogd. De Hoge Raad legt art. 288 lid 2 sub b Fw zo uit dat de kring van tot een buitengerechtelijke poging tot schuldregeling toegelaten personen of instellingen wordt beperkt tot degenen die daadwerkelijk in artikel 48 lid 1 Wck worden genoemd. Hiervoor geeft de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.3.3 een belangrijke reden, namelijk dat van de rechter niet kan worden gevergd dat deze in elk concreet geval waarin de voorafgaande schuldbemiddeling is verricht door een persoon of instelling die niet valt onder art. 48 lid 1 sub b, c of d Wck, onderzoekt of die bemiddeling van voldoende kwaliteit is geweest.

3. Gevolgen voor de praktijk van de schuldhulpverlening

Het gevolg van dit arrest is dat momenteel uitsluitend de volgende personen of instellingen aan het criterium van art. 288 lid 2 sub b Fw voldoen:

- Gemeenten, gemeentelijke kredietbanken of andere door gemeenten gehouden instellingen, die zich krachtens hun doelstelling met schuldbemiddeling bezighouden;
- Advocaten, curatoren en bewindvoerders ingevolge de Faillissementswet aangesteld, notarissen, deurwaarders, register-accountants en accountantsadministratie-consulenten.

En daar houdt het op. In artikel 48 lid 1 sub d worden nog natuurlijke personen of rechtspersonen genoemd, dan wel categorieën daarvan, aan te wijzen bij algemene maatregel van bestuur. De A-G wees er in zijn conclusie bij dit arrest op dat een dergelijke AMvB er niet is en dat het geheel onduidelijk is wanneer op de komst ervan kan worden gerekend.

Erica Schruer wees er in een eerder artikel in dit tijdschrift¹ al op dat in artikel 48 lid 1 (groepen van) personen worden genoemd, van wie het zeer de vraag is, of zij over voldoende kennis en ervaring betreffende de schuldenproblematiek beschikken. Daarnaast zijn er leden van de NVVK die niet vallen in de categorie van artikel 48 lid 1 Wck en die niet gemandateerd zijn, maar waarvan de werkwijze wel is getoetst aan de kwaliteitscriteria die binnen de branche gelden. Hun werk wordt ernstig bemoeilijkt wanneer aan hun cliënten de toegang tot de Wsnp wordt ontzegd.

Dat de soep ook daadwerkelijk zo heet wordt gegeten als hij wordt opgediend, blijkt uit recentere rechterlijke uitspraken (LJN BR1679, LJN BR5100 en LJN BQ4477), waarbij noch een door de bemiddelende instelling behaald NEN-8048 certificaat, noch het lidmaatschap van de NVVK leidde tot het oordeel dat het minnelijk traject voldeed aan het criterium van artikel 288 lid 2 sub b Fw.

4. Begrippenverwarring: schuldbemiddeling versus poging tot een buitengerechtelijke schuldregeling

Het is de vraag of de wetgever, door in art. 288 Fw de koppeling te maken met artikel 48 lid

1 Wck, niet voorbij is gegaan aan de strekking van de artikelen 47 en 48 Wck zelf. Het begrip schuldbemiddeling is in artikel 47 Wck strikt omschreven en omvat bij lange na niet alle pogingen om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen. Artikel 47 lid 2 Wck luidt immers:

“Onder schuldbemiddeling wordt verstaan het in de uitoefening van bedrijf of beroep, anders dan door het aangaan van een krediettransactie, verrichten van diensten, gericht op de totstandkoming van een regeling met betrekking tot de bestaande schuldenlast van een natuurlijk persoon, geheel of gedeeltelijk voortvloeiend uit een of meer krediettransacties.”

Omdat overtreding van artikel 47 in art. 1, 4^e Wet op de Economische Delicten (WED) is strafbaar gesteld, omvat art. 47 lid 2 Wck een delictsomschrijving. Vanwege het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel mag het begrip schuldbemiddeling niet worden verruimd met andere pogingen om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen. Niet onder het verbod vallen derhalve onder meer:

- Pogingen die anders dan in de uitoefening van bedrijf of beroep worden uitgevoerd, bijvoorbeeld door de schuldenaar zelf, door familie, kennissen, burens, vrienden of de kerk;
- Pogingen waarbij een kredietverstrekker bemiddelt, teneinde met behulp van een krediet tot een oplossing te komen;
- Pogingen om een regeling aan te gaan met betrekking tot een schuldenlast die in het geheel niet uit krediettransacties voortvloeit en bijvoorbeeld alleen maar bestaat uit onbetaalde facturen en achterstallige huur.

Daarnaast is schuldbemiddeling om niet op grond van artikel 48 lid 1 sub a Wck ook toegestaan. Het begrip ‘om niet’ wordt in de rechtspraak letterlijk opgevat. Schuldbemiddeling die door derden is betaald, wordt niet beschouwd als ‘om niet’ (zie bijv. Hof Arnhem 11 augustus 2011, LJN BR5100).

Via een door de minister ontraden amendement is artikel 288 lid 2 sub b Fw in de wet terecht gekomen². De minister wees er indertijd op dat door de invoering van dit artikel, hulpverlening door niet-commerciële partijen, zoals een buurman, familielid, kerkelijke instelling of werkgever zijn waarde zou verliezen. Dat lijkt mij een terechte constatering. Ook al valt dit soort hulp niet onder het verbod van artikel 47 Wck, de schuldenaar wordt de toegang tot de Wsnp via art. 288 lid 2 sub b Fw ontzegd. Behalve als hij na een dergelijke vergeefse poging alsnog bij een in art. 48 lid 1 Wck genoemde instelling aanklopt, die vervolgens het werk nog eens over mag doen. Die laatste gang van zaken vergroot het vertrouwen van schuldeisers in een minnelijke oplossing bepaald niet, leert de ervaring.

5. Rechterlijke toetsing van het minnelijk traject?

De Hoge Raad stelt dat van de rechter niet kan worden gevergd om in elk concreet geval waarin de schuldbemiddeling door een niet in art. 48 lid 1 Wck genoemde persoon of instelling is verricht, te onderzoeken of de bemiddeling van voldoende kwaliteit is geweest. Ik vraag mij echter af of de rechter die toets in de praktijk niet allang uitvoert. Met name is dit het geval

wanneer het verzoek om toelating tot de Wsnp wordt ingediend tezamen met een verzoek om oplegging van een dwangakkoord op grond van art. 287a Fw. Inmiddels is er uitgebreide jurisprudentie over dit artikel, waaruit duidelijke criteria zijn te distilleren waaraan een kwalitatief hoogwaardig minnelijk traject dient te voldoen. Maar ook wanneer er niet om een dwangakkoord wordt gevraagd, vindt enige toetsing van de inhoud van het voorafgaande minnelijk traject plaats via artikel 285 lid 1 sub f Fw. Op grond van dit artikel moet immers elk Wsnp-verzoek vergezeld gaan van een met redenen omklede verklaring van het college van B en W, dat er geen reële mogelijkheden zijn om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen. Meermalen hebben rechters dit artikel aangegrepen om zich inhoudelijk uit te laten over het voorafgaande minnelijke traject (bijv. LJN BR5926 en LJN BT6691).

6. Wordt de rechtzoekende het bos in gestuurd?

Momenteel wordt de hulpzoekende schuldenaar die nog uitzicht wil houden op toelating tot de Wsnp feitelijk gedwongen om gebruik te maken van de schuldhulpverlening die door de gemeente of kredietbank wordt aangeboden. Andere in artikel 48 lid 1 genoemde personen of instellingen houden zich in de praktijk nauwelijks bezig met schuldhulpverlening. Wie zich echter braaf bij gemeente of kredietbank aanmeldt, neemt een risico. Het is algemeen bekend dat gemeenten en kredietbanken grote wachtlijsten hebben. Vanwege de bezuinigingen in de schuldhulpverlening is het niet onwaarschijnlijk dat die wachtlijsten in de nabije toekomst

alleen maar groter zullen worden. Dat het langdurig op een wachtlijst staan voor schuldhulpverlening schadeverhogend werkt voor zowel de schuldenaar als zijn schuldeisers behoeft geen betoog. Maar ook al wordt de zaak van de schuldenaar in behandeling genomen, dan wil dat nog niet zeggen dat het minnelijk traject voortvarend zal worden aangevat en van voldoende kwaliteit is (zie bijv. LJN BK9064 en LJN BT6691). Om een voorbeeld te geven, wanneer de directeur van een kredietbank in de media verklaart dat toename van de schuldenlast tijdens een minnelijk traject onvermijdelijk is³, kan men zich afvragen wat de meerwaarde is van het vragen van schuldhulpverlening bij die instelling.

Maar er speelt ook een meer principieel punt. De NVVK heeft inmiddels normen ingericht, de zogenaamde 'schuldhulpverlening nieuwe stijl', die een veel breder palet aan maatregelen bieden dan alleen maar diegene die gericht zijn op het oplossen van problematische schulden. Dat heeft er toe geleid dat het bij een aantal NVVK leden niet langer beleid is om alle zich meldende schuldenaren uitzicht te bieden op een schuldenvrij bestaan. Veelal wordt begonnen en ook volstaan met het stabiliseren van de inkomsten en uitgaven van de schuldenaar in een gedwongen traject van financieel beheer, zonder dat er contact wordt opgenomen met de schuldeisers of een poging wordt ondernomen om tot een akkoord te komen⁴. Vanwege deze beleidsomslag in de schuldhulpverlening ben ik van mening dat de gedwongen winkelniering die artikel 288 lid 2 sub b Fw momenteel aan de schuldenaar oplegt op gespannen voet staat met de hoofddoelstellingen die de Wsnp nog altijd heeft, namelijk schade beperken bij de

schuldeisers en tegelijk de schuldenaar uitzicht bieden op een schuldenvrije toekomst en daarmee een einde maken aan een langdurige uitzichtloze schuldsituatie. Cru gesteld, kan men zich afvragen of er door de schuldenaar veel verschil wordt gevoeld tussen een loonbeslag inclusief of exclusief jarenlang en uitzichtloos stabilisatietraject. Naar mijn mening mag de wetswijziging, die beoogde de instroom in de Wsnp te beperken door meer zaken minnelijk te laten oplossen, toch niet de hoofddoelstelling van de Wsnp in de weg staan en dat dreigt nu te gebeuren.

7. Zaak gesloten?

Al met al is het pad van de hulp zoekende schuldenaar naar een oplossing van zijn schuldenlast bezaaid met mijnen. Afgezien van de bovengenoemde problematiek van de wachtlijsten en de doelstellingen van de 'schuldhulpverlening nieuwe stijl' kan hij ook in de valkuil lopen om ten onrechte te vertrouwen op het lidmaatschap van de NVVK of de NEN-8048 certificering van een schuldhulpverlenende instelling. Wordt die instelling niet genoemd in de voor de gemiddelde schuldenaar tamelijk obscure Wck, dan blijkt de weg naar de Wsnp te zijn afgesloten, zelfs als de instelling in opdracht van de gemeente handelt. Hoe de gemiddelde schuldenaar moet weten dat een mandaat van de gemeente noodzakelijk is en of het is verleend, is mij niet duidelijk. Het algemene rechtsbeginsel van de kenbaarheid van de regelgeving voor de burger (het *lex certa*-beginsel) komt hier naar mijn mening in gevaar.

Helaas verwacht ik niet dat de nieuwe Wet op de Gemeentelijke Schuldhulpverlening de schuldenaar bij deze problematiek veel soelaas zal bieden. Eerder is het tegendeel waarschijnlijk, omdat die wet categorische uitsluiting van bepaalde doelgroepen van schuldhulpverlening uitdrukkelijk mogelijk maakt. Verder geeft de wet de gemeenten alle ruimte om hun beleidsplannen ten aanzien van schuldhulpverlening zo in te richten als ze willen. Het is zeker niet uitgesloten dat gemeenten bijvoorbeeld inkomensgrenzen gaan stellen of andere categorieën (bijvoorbeeld kleine zelfstandigen) uit gaan sluiten van hulp. Die categorieën personen komen vanwege art. 288 lid 2 sub b Fw feitelijk dan ook niet meer in aanmerking voor de Wsnp. Dit lijkt mij een zeer ongewenste situatie, die vraagt om ingrijpen van de politiek. Een van de mogelijkheden zou zijn dat er alsnog een AMvB komt die, gekoppeld aan art. 48 lid 1 sub d Wck, schuldhulpverlening mogelijk maakt door andere, aan een certificering onderworpen instellingen dan de in de rest van het artikel genoemde. Dan zal er toch echt een knoop moeten worden doorgehakt op het gebied van de nu stil liggende certificering.

Maar er is nog een andere ontwikkeling, die ik de lezer niet wil onthouden. Op 4 oktober 2011 heeft de rechtbank's Hertogenbosch twee vonnissen gewezen (LJN BT 7165 en LJN BT7170), in zaken waarin een schuldenaar zijn eigen faillissement had aangevraagd met het oog op omzetting in Wsnp via artikel 15b Fw, teneinde een gedwongen minnelijk traject te ontlopen. In beide gevallen oordeelde de rechtbank dat het procesreglement inzake insolventiezaken⁵, als het gaat om artikel 15b

Fw niet vasthoudt aan de eis dat de schuldenaar eerst een buitengerechtelijke schuldregeling dient te beproeven. In die zaken kwamen de schuldenaren niet in aanmerking voor een minnelijk traject bij de gemeente, vanwege de door de gemeente gestelde voorwaarden. Ik ben benieuwd of de rechter een dergelijke route ook toestaat wanneer de gemeente of kredietbank een lange wachtlijst heeft of aanstuurt op een langdurig stabilisatietraject zonder uitzicht op een schuldregeling.

Ik eindig er mee te zeggen dat bewindvoerders in Wsnp wellicht een bijdrage kunnen leveren aan de oplossing van de hierboven geschetste problematiek door zich zelf met minnelijke schuldhulpverlening te gaan bezig houden. Zowel de Wck als de Faillissementswet bieden daar alle ruimte toe, zeker na het door de Hoge Raad gewezen arrest LJN BN8056. Een aparte certificering of AMvB is hiervoor niet nodig. De bewindvoerder in Wsnp is in beginsel voldoende ingevoerd in de materie van de schuldenproblematiek om ook in het minnelijk traject uitstekend werk te kunnen verrichten. Hooguit een kleine bijscholing op het gebied van buitengerechtelijke schuldregelingen is misschien aan te bevelen.

**Mr. Arthur Bletterman is als hogeschooldocent HBO Rechten verbonden aan de Hogeschool Windesheim te Zwolle en verzorgt daarnaast juridische cursussen voor schuldhulpverleners in het minnelijk traject. Voorheen was hij werkzaam als insolventieadviseur bij Zuidweg & Partners.*

- 1 *Erica Schruer, 'Hoge Raad ontstopt de toegang tot het wettelijk traject via art. 48 lid 1 Wck', WP 2011/01, p. 4*
- 2 *Brief Minister van Justitie van 27 okt 2006, Kamerstuk 29942 nr. 33.*
- 3 *Uitzending Vara Ombudsman, 28 januari 2011*
- 4 *Rapport Ombudsman Gemeente Rotterdam, juli 2011*
- 5 *Procesreglement verzoekschriftenprocedures insolventiezaken rechtbanken per 1 april 2009, richtlijnen 3.2.1.1. en 3.2.1.2.*

34 - Nieuws in het kort

Opzeggen abonnementen en lidmaatschappen

Het opzeggen van abonnementen en lidmaatschappen wordt per 1 december 2011 eenvoudiger. Hierover is eerder in *Wsnp Periodiek* al uitgebreid bericht, zie Berend Engberts, 'Consumentenrecht voor de Wsnp-bewindvoerder (2)' in *WP* 2010/03. Handige, praktische informatie hierover vindt u verder op www.consuwijzer.nl onder opzeggen abonnement en lidmaatschappen.

Wijziging huwelijksvermogensrecht en Faillissementswet

Het huwelijksvermogensrecht en in haar kielzog art. 61 Fw zullen per 1 januari 2012 ingrijpend veranderen. Voor meer informatie wordt verwezen naar de nieuwsrubriek in het vorige nummer van *Wsnp Periodiek* (2011/03) alsook de bijdrage van Helene Lammers in dit nummer.

Wijziging WWB per 1 januari 2012

De Wet Werk en Bijstand wordt waarschijnlijk (het wetsvoorstel is op 11 oktober 2011 door de Tweede Kamer aangenomen) per 1 januari 2012 dan wel in de loop van 2012 gewijzigd. De eisen om voor bijstand in aanmerking te komen worden aangescherpt. Zo wordt onder andere de bijstand voor inwonende(n) afgeschaft. Het gezin moet de bijstand gezamenlijk aanvragen en krijgt recht op de een gezinsuitkering ter hoogte van de huidige norm voor gehuwden op grond van de WWB, dat wil zeggen 100% van het referentieminimumloon. Dit houdt ook in, dat alle middelen (inkomsten en vermogen) van alle gezinsleden in aanmerking worden genomen. Bovendien worden de inkomsten uit arbeid en werkloosheids- of arbeidsongeschiktheidsuitkering van minderjarige kinderen bij de bijstandsverlening aan de ouder(s) in aanmerking genomen. Om minderjarige kinderen wel te stimuleren te gaan werken in bijbaantjes en actief mee te doen in de samenleving geldt er een vrijlating. De vrijlating bedraagt twee keer de inkomensgrenzen van de Algemene Kinderbijslagwet (AKW). Dit betekent dat de inkomsten van kinderen tot 16 jaar volledig worden vrijgelaten. Voor 16- en 17-jarigen geldt twee keer de inkomensgrens van de AKW (€ 827,- per maand). Het doel van de aanscherping gezinsbijstand en de huishoudinkomenstoets is dat het meer loont om vanuit een uitkering aan het werk te gaan. De inkomensstoets wordt daarom aangescherpt, door niet alleen rekening te houden met de inkomsten van aanvrager en partner, maar met de inkomsten van alle gezinsleden.

De plicht om algemeen geaccepteerde arbeid te verkrijgen en te aanvaarden bestaat al, net als de plicht om een voorziening gericht op arbeidsinschakeling te aanvaarden. Daar wordt aan toegevoegd de plicht om naar vermogen een tegenprestatie te verrichten, ook als die niet direct samenhangt met arbeidsinschakeling. De tegenprestatie kent geen verplichte samenloop met een re-integratietraject.

De maximale verblijfsduur in het buitenland wordt beperkt tot maximaal vier weken per jaar voor iedereen tussen de 18 en 65 jaar.

Vrijvallen spaarloon

De spaarloonregeling wordt per 1 januari 2012 afgeschaft. Dit betekent dat het opgebouwde spaarloon met ingang van 1 januari 2012 vrij op te nemen is. Deze valt dus – indien van toepassing – in de Wsnp-boedel. Zie www.rijksoverheid.nl.

Website

Via www.cassatieblog.nl kunt u de cassatierechtspraak op de voet volgen. Op dit weblog worden uitspraken van de Hoge Raad gesignaleerd en becommentarieerd. Het weblog wordt verzorgd door het advocatenkantoor *Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn*.

Monitor Wsnp

De Monitor zevende meting (over het jaar 2010) is onlangs verschenen. De tekst van deze monitor kunt u downloaden via onze website wsnp-periodiek.nl. Uit deze monitor blijkt onder meer dat het wettelijk traject goed werkt. Zo is het percentage schuldenaren dat het schuldsaneringstraject eindigt met een schone lei verder gestegen. 75% kon weer starten met een schone lei. Bovendien betaalde een onbekend aantal schuldenaren de schulden volledig terug voor het einde van de looptijd. Verder is het aantal mensen dat opnieuw in de schulden komt nog altijd zeer laag. 16% van de voormalige schuldenaren heeft opnieuw betalingsachterstanden van meer dan twee maanden. Daarbij gaat het bij meer dan de helft van deze groep om achterstanden lager dan €1.000,-. Een meerderheid van deze groep geeft aan de achterstanden zonder professionele hulp op te kunnen lossen.

35 - Actuele rechtspraak kort

Publicaties in de periode van 9 juli tot en met 9 oktober 2011

1. Hof Arnhem 28 juni 2011, LJN BR2618 (art. 61 lid 4 Fw)

Valt de woning, die op naam staat van de echtgenote van de gefailleerde (na tussentijdse beëindiging van de wettelijke schuldsanering) en met wie gefailleerde buiten gemeenschap van goederen is gehuwd, in de faillissementsboedel? Uit HR 27 mei 1966, *NJ* 1966, 352 valt, aldus het hof, af te leiden dat art. 61 lid 4 Fw ook van toepassing is indien de echtgenoten buiten iedere gemeenschap zijn gehuwd. Art. 61 lid 1 Fw houdt in dat de echtgenoot van de gefailleerde alle goederen kan terugnemen die hem toebehoren en niet in de huwelijksgemeenschap vallen. Art. 61 lid 4 Fw voegt daaraan de bijzondere regel toe dat goederen, voortgesproten uit de belegging of wederbelegging van aan de echtgenoot toebehorende gelden (en buiten de gemeenschap vallende), door de echtgenoot kunnen worden teruggenomen mits de belegging of wederbelegging, in geval van geschil, door voldoende bescheiden ten genoegen van de rechter wordt bewezen. Volgens vaste rechtspraak betekent dit dat de echtgenoot moet bewijzen dat de goederen door de echtgenoot in eigendom zijn verkregen en geheel met eigen middelen zijn gefinancierd. Wanneer de echtgenoot niet in dit tweeledige bewijs slaagt, vallen de goederen in de boedel (vgl. HR 23 mei 1924, *NJ* 1924, p. 817). Appellante is niet in dit bewijs geslaagd (NB: Een en ander geldt ook in de Wsnp met dien verstande dat art. 61 lid 4 Fw per 1 januari 2012 wordt gewijzigd, zie de rubriek 'Nieuws in het kort' in *WP* 2011/03).

2. Hof 's-Hertogenbosch 5 juli 2011, LJN BR5926 (art. 285 lid 1 onder f Fw); Rechtbank 's-Gravenhage 20 juli 2011, LJN BR2360 (idem); Hof 's-Hertogenbosch 30 augustus 2011, LJN BR6561 (art. 285 lid 1 onder f Fw)

De drie bovenvermelde uitspraken, en ook de hieronder besproken zaak nummer 4, verwijzen naar het uitgangspunt van de wetgever dat de schuldenaar voorafgaand aan de Wsnp een poging doet een buitengerechterlijke schuldregeling aan te bieden (zie art. 285 lid 1 onder f en h Fw). Doet de schuldenaar geen poging tot een schuldregeling dan krijgt de schuldenaar geen toegang tot het wettelijk traject, zo volgt uit de uitspraken. Uit het vonnis van de rechtbank 's-Gravenhage blijkt dat die regel ook geldt als een verzoeker minder dan tien jaar tevoren in de Wsnp 'zat' maar een beroep doet op één van de uitzonderingen die art. 288 lid 2 onder d Fw noemt. Uit de arresten van Hof Den Bosch d.d. 5 juli en 30 augustus 2011 blijkt overigens dat het niet per se noodzakelijk is dat de schuldenaar een geheel (gemeentelijk) minnelijk traject doorloopt: indien bijv. een advocaat namens de schuldenaar een serieuze maar vergeefse poging doet met schuldeisers een regeling tot stand te brengen dan kan dat voldoende zijn om toegang te krijgen tot het wettelijke traject. Indien er geen sprake is van enige afloscapaciteit geldt voorts dat te billijken valt dat geen betalingsvoorstellen aan de schuldeisers zijn gedaan. In zijn bijdrage elders in dit nummer gaat mr. Bletterman dieper op deze materie in.

3. Hof Arnhem 21 juli 2011, LJN BR3497 (art. 194 jo. 356 en 360 Fw)

Vervolg op HR 15 april 2011, LJN BP4963, zie *WP* 2011/03 p. 31. Gaat om de vraag of belastingteruggaven, betreffende de periode (2007 en 2008) waarin de Wsnp op appellanten van toepassing was, moeten worden aangemerkt als nagekomen bate (art. 194 Fw.). Het Hof oordeelt dat van een nagekomen bate sprake is. Appellanten hebben in de Wsnp-periode, ten nadele van schuldeisers, meer belasting afgedragen dan zij verschuldigd waren. Het recht op teruggave van de teveel betaalde inkomstenbelasting/premie volksverzekeringen ontstond niet, zoals appellanten in hoger beroep betogen, ná de beëindiging van de schuldsaneringsregeling maar reeds tijdens de schuldsaneringsregeling (in het volgende *WP*-nummer verschijnt een bijdrage over het ontstaansmoment van schulden). Hoewel bewindvoerder bekend was, althans bekend had kunnen zijn, met het feit dat er op grond van belastingteruggaven nog baten konden nakomen voor de boedel, kan naar het oordeel van het hof in casu niet worden gesproken van ten tijde van de vereffening bekende baten. De omvang van die baten werd immers pas duidelijk nadat appellanten in februari 2010 – derhalve na het einde van de schuldsaneringsregeling – aangifte hebben gedaan of laten doen en daarna de belastingaanslagen hebben ontvangen. Het hof is van oordeel dat de ratio van het bekendheidsvereiste in artikel 194 Fw is dat de schuldeisers door middel van verzet de mogelijkheid hebben op te komen tegen de slotuitdelingslijst. Het spreekt voor zich dat daarvoor minimaal vereist is dat de schuldeisers kennis hebben kunnen nemen van het totaalbedrag dat onder de schuldeisers wordt verdeeld. Dit oordeel sluit, aldus het hof, ook aan bij artikel 73.2.2 van de Leidraad Invordering 2008. Daarin is bepaald dat de ontvanger met betrekking tot belastingteruggaven van meer dan € 500,- die betrekking hebben op de periode vóór de beëindiging (met schone lei) van de wettelijke schuldsaneringsregeling en die worden vastgesteld ná de beëindiging van die regeling, contact opneemt met de gewezen bewindvoerder om met hem te overleggen of de vereffening al dan niet moet worden heropend (over deze Leidraad zie *WP* 2010/02, artikelnrs. 15 en 16).

4. Hof Leeuwarden 28 juli 2011, LJN BR4061 (art. 285 lid 1 aanhef en onder f Fw)

Hoger beroep tegen afwijzing verzoek toelating tot de Wsnp. Hof oordeelt dat verzoeker niet te goeder trouw is ten aanzien van het ontstaan van de belastingschulden en blijkt heeft gegeven van onverantwoord ondernemerschap door klanten op rekening te laten consumeren, en dat de rechtbank het verzoek terecht heeft afgewezen. Tijdens de mondelinge behandeling op 3 mei 2011 van het faillissementsrekest van de Belastingdienst d.d. 30 maart 2011 verzocht de schuldenaar (kennelijk mondeling, red.) toepassing van de schuldsaneringsregeling. De rechtbank stelde een termijn om met het GKB in contact te treden om de mogelijkheid van een Wsnp-verzoek te onderzoeken. Op 27 mei 2011 diende de schuldenaar het Wsnp verzoek in. In de art. 285-verklaring was aangegeven dat er in verband met het faillissementsrekest geen minnelijk traject was gestart. Het Hof oordeelt dat de artikel 285-verklaring onvoldoende met redenen was omkleed en dat appellant, alvorens de aanvraag schuldsanering in te dienen, eerst de mogelijkheden had moeten onderzoeken om met de schuldeisers tot een minnelijk vergelijk te komen. Dat dit niet is gebeurd,

klemt volgens het Hof temeer nu is gebleken dat appellant zijn bedrijfsactiviteiten nog niet heeft beëindigd waardoor zijn financiële positie nog niet kan worden vastgesteld. Bovendien is gebleken dat appellant nog aanzienlijke bedragen van zijn debiteuren te vorderen heeft, zodat er ruimte bestaat de schuldeisers tegemoet te komen en waardoor op voorhand niet kan worden uitgesloten dat een minnelijk traject slaagt. Hierop wordt appellant niet-ontvankelijk verklaard in zijn Wsnp verzoek.

5. Rb. Haarlem 23 augustus 2011, LJN BT2476 (art. 288 lid 2 onder d en 340 Fw)

Ten aanzien van verzoeker is eerder de wettelijke schuldsaneringsregeling van toepassing geweest, de toepassing eindigde toen in 2007 met de homologatie van een schuldeisersakkoord (art. 340 Fw). De akkoordclausule (2007) dat de schuldeisers voor het restant van hun vorderingen ‘volledige kwijting’ verlenen aan de schuldenaar, beschouwt Rb Haarlem niet als afstand van recht maar afstand van de rechtsvordering tot het afdwingen van betaling van de restschuld. Volgens de rechtbank resteren natuurlijke verbintenissen. Verzoeker vraagt binnen tien jaar opnieuw toepassing van de schuldsaneringsregeling. De rechtbank oordeelt dat zich (met de akkoord-afwikkeling in 2007) geen uitzondering voordoet zoals bedoeld in art. 288 lid 2 onder d, slot (geen tweede saneringsprocedure binnen tien jaar, tenzij de vorderingen in de eerdere sanering zijn voldaan etc.).

6. Rb. Utrecht 25 augustus 2011, LJN BR5878 (art. 287 lid 4 Fw)

Verzoek voorlopige voorziening art. 287 lid 4 Fw door ex-onderneemster inhoudende een verbod aan een schuldeiser om tot beslaglegging op haar inboedel over te gaan. Verzoek wordt afgewezen. De rechtbank acht de kans op toelating tot de Wsnp klein, nu een groot deel van de schulden is ontstaan doordat zij onderneming had en zij geen jaarcijfers of andere administratie van haar onderneming kan overleggen. Zij voldoet daarmee, aldus de rechtbank, niet aan haar wettelijke verplichting, en kan de goede trouw van deze schulden dan ook vooralsnog niet aannemelijk maken. Ook blijkt niet dat de verzoekster de omstandigheden die bepalend waren voor het ontstaan van de schulden voldoende onder controle heeft gekregen (art. 288 lid 3 Fw), nu er ook na de datum van beëindiging van de onderneming nog schulden zijn ontstaan. Ook staat het spoedeisend karakter niet vast, aangezien de deurwaarder heeft aangegeven enkel beslag te leggen op de inboedel, en op dit moment van verkoop nog geen sprake is.

7. Hof's-Hertogenbosch 30 augustus 2011, LJN BR6556 (art. 354 Fw)

Het hof is van oordeel dat het plegen van een misdrijf niet verenigbaar is met de doelstellingen van de schuldsaneringsregeling. Zie ook Noot van B.J. Engberts bij Hof Arnhem 2 april 2009, LJN BI0804 in *SchuldSanering* 2009/4 (ook te vinden op [wwsnp-periodiek.nl](http://www.wwsnp-periodiek.nl) onder ‘artikelen’).

8. Rb. Amsterdam 30 augustus 2011, LJN BR7050 (AWBZ)

Weigering Persoonsgebonden budget (Pgb) door Zorgkantoor wegens schuldsanering. Schuldenaar zit sinds januari 2009 in Wsnp en ontvangt Pgb. Pgb wordt over 2011 geweigerd en slechts uit coulance nog verstrekt over de periode tot 1 juli 2011. Rechtbank laat dit besluit in stand. Sinds 1 januari 2011 bevat art. 2.6.4 lid 2 aanhef en onder f van de Regeling Subsidies AWBZ een gebonden bevoegdheid waardoor het Zorgkantoor geen ruimte (meer) heeft voor een belangenafweging. Zie verder het artikel van Margreet van Bommel, 'PGB en de Wsnp', *WP* 2011/03, p. 13.

9. Rb. Zutphen 5 september 2011, JRvR 11/439 (art. 288 lid 2 onder d Fw)

Rb. Zutphen laat verzoekster opnieuw toe tot de wettelijke sanering hoewel een eerdere toepassing minder dan tien jaar geleden (eind 2007) is geëindigd. De rechtbank overweegt dat de wetgever onder ogen heeft gezien dat de imperatieve afwijzingsgrond van art. 288 lid 2 onder d ook geldt voor gevallen waarin, zoals de onderhavige, de schuldenaar te goeder trouw is geweest bij het ontstaan of onbetaald laten van de nieuwe schulden (zie HR 12 juni 2009, *NJ* 2009, 269). De rechtbank ziet desondanks in de bijzondere omstandigheden van het onderhavige geval reden om een uitzondering te aanvaarden. De rechtbank acht aannemelijk dat de schulden zijn ontstaan doordat verzoekster ten gevolge van een herseninfarct enige tijd geen controle had over haar financiële situatie, zodat er sprake is van overmacht. Voorts is gebleken dat maatregelen zijn getroffen door het aanvragen van beschermingsbewind, de schulden vervolgens niet verder zijn toegenomen, de financiële situatie van verzoekster sindsdien inmiddels al geruime tijd stabiel kan worden genoemd en niet is gebleken van buitenissig of onverantwoordelijk bestedingsgedrag. De rechtbank acht daarom (onverkorte) toepassing van het bepaalde in artikel 288 lid 2 onder d van de Faillissementswet uit het oogpunt van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.

10. Hof's-Hertogenbosch 13 september 2011, LJN BS8930 (art. 288 lid 1 sub en lid 3 Fw)

Afwijzing, ook in appel, van een Wsnp-verzoek van een schuldenaar met een totale schuldenlast van € 55.000. Een aanbod in het minnelijk traject om schuldeisers 60% van hun vorderingen te betalen (€ 32.000) is niet door alle schuldeisers aanvaard. De rechtbank wees het Wsnp-verzoek af, oordelend dat verzoeker niet aannemelijk had gemaakt dat hij te goeder trouw was geweest en zijn schuldsaneringsverplichtingen naar behoren zou nakomen. In hoger beroep betwist verzoeker de overweging van de rechtbank dat hij zijn vaste lasten niet zou voldoen. Verder voert verzoeker aan dat hij er alles aan doet zijn schulden te betalen en dat zijn uitzendcontract inmiddels is omgezet in een jaarcontract. Verzoeker licht toe dat schuldproblemen zijn ontstaan vanaf 2004 toen hij € 8.000 moest lenen voor de crematie van zijn moeder en terwijl hij reeds een lening van € 11.000 had uitstaan voor de financiering van een auto. Vervolgens is verzoeker een handel in telefoons begonnen: hij sloot diverse telefoonabonnementen af en verkocht de gratis bijgeleverde telefoons door; later verkocht hij ook laptops. Verzoeker erkent dat hij niet te goeder trouw is geweest. Terwijl verzoeker zelf geen beroep heeft gedaan op art. 288 lid 3 Fw onderzoekt het

hof *ambtshalve* of er ruimte is voor toepassing van die hardheidsclausule. Het hof oordeelt dat niet is komen vast te staan dat verzoeker de omstandigheden die bepalend zijn geweest voor het ontstaan en onbetaald laten van schulden onder controle heeft gekregen o.a. wijzend op het hoge uitgavenpatroon en de erkenning van verzoeker dat hij budgetbegeleiding nodig heeft. Wijzend op art. 285 lid 1 onder h betreffende de voorgeschreven opgave bij een Wsnp-verzoek van o.a. de inhoud van de aangeboden (maar afgewezen) minnelijke schuldregeling, merkt het hof ook nog op dat verzoeker niet kon uitleggen hoe het aanbod aan zijn schuldeisers van € 32.000 tot stand was gekomen.

11. Rb. Almelo 14 september 2011, LJN BT2041 (art. 316 Fw; art. 303 BW)

Ten aanzien van eisers –kennelijk een echtpaar– is de wettelijke schuldsaneringsregeling van toepassing geweest in de periode 1999/2000-2002; de saneringen eindigden op 15 juli 2002 met een schone lei. Eisers stellen hun ex-bewindvoerders aansprakelijk wegens onrechtmatig handelen c.q. nalatigheid in hun taakuitoefening als bewindvoerder(s). De gestelde schade heeft betrekking op tijdens de sanering opgelopen vorderingen van het Landelijk Bureau Inning Onderhoudsbijdragen – de precieze achtergrond van deze vorderingen valt niet af te leiden uit de gepubliceerde uitspraak – wel is duidelijk dat zij ook bij de verificatievergadering op 15 juni 2001 aan de orde zijn geweest. De aangesproken bewindvoerders beroepen zich met succes op verjaring van de vordering van eisers op grond van art. 3:310 lid BW: De rechtbank overweegt dat de verjaringstermijn van vijf jaar in het onderhavige geval begon te lopen op 15 juli 2002 en oordeelt dat de vordering op de ex-bewindvoerders, wegens (meer dan vijf jaar) stilzitten van eisers, is verjaard.

12. Hof Amsterdam 26 september 2011, LJN BT5906 (art. 15b jo. 3 Fw)

Verzoek omzetting faillissement in Wsnp. Appellante ontkent de griffiebrief ex art. 3 Fw te hebben ontvangen. Dit is de brief waarin de griffier van de rechtbank de schuldenaar een termijn stelt waarbinnen de schuldenaar een Wsnp-verzoek kan indienen. Naar het oordeel van het hof blijkt uit de gegevens uit het Track & Tracesysteem van de TNT Post slechts dat de postbesteller verklaart dat de zendingen met (kennelijk afschriften van) de desbetreffende brieven op 3 januari 2011 zijn afgeleverd op beide adressen waarheen die brief is gestuurd. Het hof oordeelt dat die verklaring onvoldoende zekerheid geeft dat appellante die zending(en) daadwerkelijk heeft ontvangen en aldus van de inhoud van het aangeboden poststuk op de hoogte is geweest of had kunnen zijn. Immers, niet is gebleken van het bestaan van een door appellante getekend bericht van ontvangst, of van een bericht van het postbedrijf waaruit kan worden afgeleid dat appellante heeft geweigerd het stuk in ontvangst te nemen dan wel dat zij heeft nagelaten het stuk af te halen na een op haar adres achtergelaten bericht van aankomst. Het vorenstaande brengt mee dat redelijkerwijs niet kan worden geoordeeld dat appellante indiening van een Wsnp-verzoek binnen de termijn van art. 3 lid 1 Fw achterwege heeft gelaten wegens haar toe te rekenen omstandigheden (zie ook HR 12 oktober 2007, LJN BA7958). Volgt vervolgens toch niet-ontvankelijkverklaring van verzoekster in haar omzettingsverzoek omdat de vader, gemachtigde van verzoekster, op de faillissementszitting

verklaarde: *'We zijn op de hoogte van de Wsnp, maar ze kan er geen gebruik van maken. Ze heeft geen inkomen'*. Het achterwege laten van het indienen van een Wsnp-verzoek is daarom niet een gevolg van niet aan verzoekster toe te rekenen omstandigheden (art. 15b Fw).

Nagekomen uitspraak:

13. Rechtbank Leeuwarden 19 oktober 2011 JRvR 2011-1367

Renvooiprocedure. De rechtbank oordeelt dat (terug)vordering van een zogeheten BBZ-krediet niet is bevoorrecht.

Word lid van de Branchevereniging Bewindvoerders WSNP (BBW)



- PE-opleiding, 4 punten tegen kostprijs
 - Nergens goedkoper
 - Minimaal 2 opleidingsdagen per jaar
- Maandelijkse e-mail “update” met daarin:
 - Ontwikkelingen in de markt
 - Opvallende jurisprudentie
 - Activiteiten van het bestuur
- Netwerken met collega bewindvoerders
- In 2012 toegang krijgen tot het kenniscentrum met standaard modellen, checklists en handleidingen
- Invloed kunnen uitoefenen op beleidszaken waaronder de beloning van uw werkzaamheden

www.bbwsnp.nl



VERWACHT IN 2012

22 maart

Sollicitatieplicht tijdens de Wsnp & arbeids-re-integratie (en VTLB nog optioneel)

5 april

Wsnp & fiscus (inclusief Toeslagen)

19 april

Verkoop van eigen woning tijdens de Wsnp

Er zijn nog een aantal cursussen in ontwikkeling, u kunt meer informatie verwachten met betrekking tot de cursussen van 2012 medio januari.

DE PERFECTE KEUZE IN JURIDISCHE OPLEIDINGEN !

www.bcn-zwolle.nl

Verschijning:	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 Mw. P.A.M.T. van den Berg, bewindvoerder/curator Dhr. G. Benedictus, bewindvoerder
Adviseurs:	Prof. mr. B. Wessels Dhr. A. van Eijnden
Redactiesecretariaat:	WSNP Periodiek Postbus 5018 5800 GA Venray E-mail: redactie@wsnp-periodiek.nl
Abonnementen:	E-mail: abonnee@wsnp-periodiek.nl

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 €48,- 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.

Druk: Koninklijke drukkerij c.c. callenbach te Nijkerk

© Auteursrechten voorbehouden.