

Mr. B.J. Engberts, kantonrechter te Arnhem en voorheen rechter-commissaris in insolventies.

De gedwongen schuldregeling van artikel 287a (deel 2)

Vooraf

In deel 1 heb ik de (parlementaire) geschiedenis van de totstandkoming van artikel 287a Fw. beschreven en is het zogeheten Payroll-arrest besproken. In dit deel zal worden ingegaan op de jurisprudentie met betrekking tot art. 287a-verzoeken. Tot slot zullen uitgangspunten bij beoordeling van art. 287a-verzoeken worden geformuleerd alsook het alternatief van een 'voorgekookt' gerechtelijk akkoord onder de aandacht worden gebracht.

5. De jurisprudentie

Tot 1 mei 2009 waren op rechtspraak.nl en in dit tijdschrift ongeveer 50 uitspraken betreffende art. 287a-verzoeken gepubliceerd.¹ Opvallend is dat tot nu slechts in één zaak in hoger beroep is beslist op een verzoek ex art. 287a Fw. Hieronder zal een aantal regelmatig in die uitspraken terugkerende onderwerpen worden besproken.

a. Weigerende schuldeiser verschijnt niet

Allereerst valt op dat de schuldeiser vaak niet ter zitting verschijnen.² Als deze niet verschijnt, kan de reden van zijn weigering toch bekend zijn. Deze reden moet, aldus artikel 3.2.3.3 van het op 1 april 2009 in werking getreden Procesreglement verzoekschriften-procedures insolventiezaken rechtbanken, immers in het verzoekschrift worden vermeld.³ Verder moet bij het verzoekschrift een groot aantal stukken, waaronder de correspondentie met de weigerachtige schuldeiser worden gevoegd.⁴ Als de reden aldus bekend is, wordt daar soms wel rekening mee gehouden. Zo overwoog de rechtbank Amsterdam: *“de reden om de instemming te weigeren is (...) slechts af te leiden uit de schriftelijke reactie van de Postbank (..) waarin staat dat Postbank, gelet op het aangeboden percentage, er de voorkeur aan geeft zelf de incasso ter hand te nemen.”*⁵ De rechtbank Haarlem oordeelde daarentegen dat de schuldeiser, hoewel de reden voor de weigering wel uit de stukken was af te leiden, door niet ter zitting te verschijnen de mogelijkheid aan zich voorbij heeft laten gaan om haar belang bij afwijzing te onderbouwen en toe te lichten zodat niet was gebleken dat de schuldeiser een te respecteren belang bij haar weigering had.⁶ De rechtbank Rotterdam⁷ oordeelde dat, nu de reden niet bekend was, de rechtbank de redelijkheid van de weigering niet kon toetsen. Overigens werden de belangen van de verzoeker/schuldenaar in die zaak wel beoordeeld/gewogen. De rechtbank Breda oordeelde in twee zaken, waarin de reden voor de

¹ Een eerste overzicht is te vinden in het artikel van R.H. C. Jongeneel, Nieuw: moratorium en dwangakkoord Jurisprudentieoverzicht gewijzigde Wsnp per 1 oktober 2008, SchuldSanering2008/6.

² Het is niet duidelijk waarom de schuldeiser zo vaak niet verschijnt. Ik sluit niet uit dat hij, na alle moeite die is gedaan om tot incasso van de vordering te komen en na ontvangst van het vaak relatief magere aanbod van de schuldhulpverlener, weinig animo meer heeft om nog meer tijd aan het voor hen vaak tot frustratie leidende incassodossier te willen besteden en de beslissing aan de rechter overlaat.

³ Zie www.rechtspraak.nl.

⁴ Artikel 3.2.3.4 van voornoemd procesreglement. Uit de jurisprudentie valt niet op te maken of aan die eis wordt voldaan.

⁵ Rechtbank Amsterdam 9 juli 2008, LJN BD9582. Zie ook rechtbank Utrecht 4 augustus 2008, LJN. In dat vonnis wordt gesteld dat de reden voor de weigering niet is toegelicht (r.o. 2.3) maar uit r.o.4.6 blijkt dat wel een reden – wellicht impliciet – is gegeven.

⁶ Rechtbank Haarlem 23 april 2008, LJN BD0260

⁷ Rechtbank Rotterdam 1 augustus 2008, LJN BD9164

weigering wel bekend was, dat, nu de schuldeiser geen verweer had gevoerd en het verzoek niet ongegrond of onrechtmatig voorkwam, het verzoek kon worden toegewezen.⁸ Een pure verstekafdoening dus. Het komt ook voor dat de schuldeiser niet alleen niet verschijnt maar eerder voor zijn weigering ook geen reden heeft gegeven. In dat geval kan met de specifieke belangen van die schuldeiser geen rekening worden gehouden. Ik voeg hier aan toe dat in een aantal uitspraken wordt geoordeeld dat het belang met de weigering (al) is gegeven.⁹

Met het niet-verschijnen van de weigerende schuldeiser wordt dus op heel verschillende manieren omgegaan. Wat is de juiste aanpak? Het gaat in art. 287a lid 5 Fw. om de vraag of er een onevenredigheid is tussen het belang van de schuldeiser bij zijn weigering en het belang dat daardoor wordt geschaad, te weten het belang van de verzoeker (en ook dat van de overige schuldeisers).¹⁰ Naar mijn mening volgt uit de tekst van lid 5 dat als uitgangspunt heeft te gelden het recht om niet in te stemmen met het saneringsvoorstel en daarmee het belang dat de schuldeiser heeft bij volledige betaling zijn vordering. In die zin zijn de uitspraken waarin wordt overwogen dat het belang met de weigering reeds is gegeven mijns inziens in lijn met lid 5. Bij de beoordeling van het verzoek zal het dan moeten gaan om de belangen van die verzoeker en in mindere mate die van de overige schuldeisers. Op de schuldenaar rust als de verzoeker de stelplicht met betrekking tot zijn belangen. Hij moet dus stellen dat hij belang heeft bij instemming door de weigerachtige schuldeiser en dat deze – kort gezegd – misbruik van zijn recht op weigering maakt. Dit moet – mede op grond van de in deel 1 van deze bijdrage genoemde wetsgeschiedenis - onderbouwd worden door het overleggen van een compleet Wsnp-verzoek, waaronder een berekening van het vrij te laten bedrag conform het wettelijk traject. Naar mijn mening dient de rechter ook bij onbekendheid met de motieven van de schuldeiser te onderzoeken of aan die stelplicht is voldaan. Meer concreet dient mijns inziens onderzocht te worden of

- het voorstel goed en betrouwbaar is gedocumenteerd en getoetst door een onafhankelijke en deskundige partij;
- voldoende duidelijk is dat het bod het uiterste is waartoe de schuldenaar financieel in staat geacht moet worden;
- het alternatief van de Wsnp enig uitzicht voor de schuldeisers biedt;
- het Wsnp verzoek kan worden toegewezen (waarover hierna meer).

Een andere vraag is hoe de – eventuele – toewijzing van het verzoek bij niet-verschijnen moet worden gemotiveerd. We zagen al dat in een aantal uitspraken bij niet-verschijnen van de schuldeiser de voor verstekzaken gebruikelijke zinsnede te vinden is dat het verzoek wordt toegewezen omdat het de rechtbank niet ongegrond of onrechtmatig voorkomt.¹¹ In de meeste gevallen wordt de beslissing (ook de toewijzing) uitgebreider gemotiveerd en wordt het verzoek getoetst aan de in de wetsgeschiedenis genoemde criteria. Dat lijkt mij gelet op de stelplicht van de verzoeker maar ook om rechtspolitieke redenen te verkiezen. Indien verzoeken zonder enige motivering worden toegewezen, kan in het minnelijk traject de indruk ontstaan dat de rechter minder goed naar het aanbod en de totstandkoming daarvan kijkt, maar ook kan binnen de rechtbank de neiging ontstaan dergelijke verstekverzoeken wat makkelijker (marginaal) of alleen door griffiers te laten beoordelen. Hierna zullen we zien dat de kwaliteit

⁸ Rechtbank Breda 9 mei 2008, LJN BD4178 en 28 april 2008, LJN BD4382.

⁹ Rechtbanken Utrecht 5 februari 2009, LJN BH2401, Maastricht 19 maart 2008, LJN BC7133 (zij het dat verzoekster aangaf dat de weigerende schuldeiser volgens haar de looptijd te lang vond), Roermond 18 april 2008, LJN BD0426 (schuldeiser was wel verschenen, maar belang met weigering was al gegeven volgens de rechtbank).

¹⁰ Zie deel 1 van mijn artikel ten aanzien van de wetsgeschiedenis.

¹¹ Bijvoorbeeld rechtbank Breda 17 juni 2008, LJN BD4389, rechtbank Den Haag 26 maart 2008, LJN BF8775, rechtbank Haarlem 23 april 2008, LJN BD0260.

van de minnelijke voorstellen nogal eens te wensen overlaat, zodat een volledige, strenge controle gewenst is.

Hoe het ook zij, het zou een goede zaak zijn als (in het procesreglement wordt opgenomen dat) de griffier de weigerende schuldeiser in de oproepingsbrief – voor het geval de schuldeiser niet kan of wil verschijnen - in de gelegenheid zou stellen om de bezwaren tegen het aanbod op papier te zetten (in afschrift aan de verzoeker) en de rechtbank die bezwaren dan zou toetsen en wegen. Het gaat hier om specifieke belangen aan de zijde van de schuldeiser zoals de financiële gevolgen voor de schuldeiser bij toewijzing van het verzoek.¹² Mochten deze specifieke belangen naar het oordeel van de rechter geen gewicht in de schaal leggen dan geldt, voor de goede orde, mijns inziens nog steeds dat de belangen van de verzoeker onderzocht en gewogen moeten worden.¹³

b. Toetsing algemeen

In de meeste gevallen is het aanbod volgens de rechtbank goed gedocumenteerd en getoetst door een onafhankelijke en deskundige partij. Hoe tot dat oordeel wordt gekomen blijkt (helaas) niet uit die uitspraken. Op welke wijze dat onderzocht zou moeten worden kom ik hierna nog terug. In de gevallen waarin van een goed gedocumenteerd aanbod wordt uitgegaan geeft *de vergelijking van het aanbod met de na een schuldsaneringsregeling te verwachten uitkering* vaak de doorslag, althans lijkt dat te geven. Als het aanbod die vergelijking doorstaat, waarbij ook wordt betrokken dat een eventuele uitkering aan de schuldeisers bij een schuldsaneringsregeling pas na langere tijd (in beginsel drie jaar) wordt gedaan, is de kans heel groot dat het verzoek wordt toegewezen.¹⁴ In elk geval legt de hoogte van de vordering van de weigerachtige schuldeiser waaronder ook de omvang in relatie tot de totale schuldenlast van de verzoeker dan vrijwel nooit enig gewicht in de schaal. Dit lijkt meer een bijkomende omstandigheid te zijn, waarbij ongetwijfeld een rol speelt dat de schuldeiser vaak niet verschijnt. De rechtbank Zwolle overwoog in een uitspraak van 17 maart 2008 uitdrukkelijk dat *de hoogte van vordering van de schuldeisers ten opzichte de totale schuldenlast* bepaald niet zonder betekenis is, maar niet doorslaggevend nu schuldeiser als enige weigert in te stemmen met het voorstel akkoord te gaan.¹⁵ Ik ben het daar mee eens, waarbij ik betrek dat zelfs bij de stemming over een akkoord in de Wsnp een schuldeiser met een relatief hoge vordering (meer dan de helft van de concurrente schuldenlast) door de rechter-commissaris onder omstandigheden ‘overruled’ kan worden (art. 332 lid 4 Fw.). Het voorgaande neemt niet weg dat ook andere aspecten aan de orde komen. Zo blijkt uit diverse uitspraken dat de totstandkoming van het aanbod *transparant* dient te zijn. Bij een aanbod van een (ex-) ondernemer is niet altijd duidelijk of het aanbod het uiterste is waartoe de verzoeker in staat is. Dit leidde bij de rechtbank Maastricht¹⁶ tot afwijzing van het verzoek. De rechtbank Zwolle heeft om dezelfde reden een verzoek afgewezen.¹⁷ Het ging om de buitengerechtelijke liquidatie van een glastuinbouwbedrijf. Eén van de weigerende schuldeisers stelde dat niet bleek hoe de vereffening – onder leiding van de bank die de opbrengst kreeg – had plaatsgevonden. De rechtbank deelde dit standpunt en achtte van belang dat de wijze van liquidatie en verdeling van de opbrengst van zulke omvangrijke

¹² Zie gerechtshof Arnhem 10 juli 2008, LJN BD6836.

¹³ Zie in die zin ook rechtbank Dordrecht 22 juli 2008, LJN BD8726.

¹⁴ Dit blijkt afgezien van de hierna te noemen uitspraken ook uit een aantal (nog) niet gepubliceerde vonnissen van de rechtbank Amsterdam zoals van 10 maart 2009 met zaaknummer 418787.

¹⁵ SchuldSanering 2008/3, p. 38 ev.

¹⁶ Rechtbank Maastricht 23 september 2008, LJN BF3169. Opvallend is overigens dat de rechtbank in deze zaak ook van belang achtte dat niet vaststond dat de onderneming van verzoeker na toewijzing van het verzoek levensvatbaar zou zijn.

¹⁷ Rechtbank Zwolle 21 juli 2008, LJN BF1217.

activa op juistheid getoetst kan worden voordat een schuldregeling kan worden opgelegd. De rechtbank achtte de omvang van de activa van belang. De vraag rijst wel of dit betekent dat een schuldeiser bij een kleiner of onbekend actief die transparantie niet mag eisen? In een ander geval – rechtbank Roermond 18 april 2008, LJN BD0432 - was de juistheid van een fiscale schuld niet onderzocht. Deze stond waarschijnlijk voor een te hoog bedrag op de lijst. De weigerende schuldeisers, aan wie een vast percentage op hun vorderingen was aangeboden, konden zich daarom in redelijkheid op het standpunt stellen dat ze te weinig zouden krijgen. In een zaak bij de rechtbank Arnhem¹⁸ was onduidelijk hoe het aangeboden percentage was opgebouwd en welke inkomensbestanddelen en vaste lasten waren meegenomen, ook kwam het genoemde inkomen niet overeen met dat op de arbeidsovereenkomst. Uit deze laatste zaak blijkt dat de overgelegde berekening van het vrij te laten bedrag kritisch moet worden bekeken. Over de vraag of *de garanties die de Wsnp als insolventieprocedure biedt*, gewicht in de schaal leggen zoals uit het Payroll-arrest volgt, wordt in een paar uitspraken ingegaan. De rechtbank Breda¹⁹ overwoog dat daarin een belang voor de schuldeiser is gelegen om zijn instemming te weigeren, maar oordeelt tevens dat bij een (geringe) kans op een hogere uitkering in het wettelijk traject dan in het minnelijk traject ook de kosten van dat wettelijke traject in ogenschouw moeten worden genomen. Erg duidelijk is dat niet nu bij de vergelijking van het aanbod met de te verwachten opbrengst in een wettelijk traject met die kosten over het algemeen al rekening wordt gehouden. Voor de rechtbank Arnhem lijken de 'garanties' van de Wsnp wel zwaar te wegen.²⁰ Dit is in zoverre te begrijpen dat wijze waarop de schulden en bezittingen worden onderzocht en de mogelijkheden daartoe 'minder' zijn. Op de controle van schulden en bezittingen kom ik in paragraaf 6 terug.

Dat *het aanbod echt het uiterste moet zijn* blijkt uit een andere uitspraak van de rechtbank Arnhem.²¹ Er was sprake van een aanbod tegen finale kwijting van een verzoeker/schuldenaar die geen betaald werk had. Er was echter geen verklaring dat hij arbeidsongeschikt was en hij had nog in 2005 gewerkt. Volgens de rechtbank behoorde inkomensstijging daarom wel tot de mogelijkheden. Daarom volgde afwijzing van het verzoek. Er zijn echter ook uitspraken waarin ervan wordt uitgegaan dat geen stijging van het inkomen door het vinden van betaald werk is te verwachten.²² De kans op het vinden van werk is in de Vierde Monitor Wsnp (SchuldSanering 2008/5)²³ onderzocht. Nagegaan is welk deel van de schuldenaren die bij de start van het Wsnp-traject geen betaalde baan hadden gedurende de Wsnp (alsnog) betaald werk hadden gevonden. Het ging daarbij om schuldsaneringen met een einddatum in 2005 of eerder. Uit het aldus gehouden onderzoek blijkt dat van de schuldenaren zonder werk 21% tijdens Wsnp wel werk vindt en dat daarnaast 15% van deze schuldenaren tijdelijk werk krijgt. 17% van schuldenaren tijdens hele Wsnp zonder werk binnen half jaar na Wsnp alsnog werk. Van belang is daarbij is dat in de onderzochte periode het aantal werklozen bijna verdubbelde. De kans op het vinden van betaald werk bij een stijgende werkloosheid was dus bepaald niet klein, terwijl het toezicht op de sollicitatieplicht in de onderzochte periode minder streng was.²⁴

¹⁸ Rechtbank Arnhem 2 mei 2008, LJN BH1564.

¹⁹ Rechtbank Breda 15 mei 2008, LJN15 mei 2008, LJN BD4740

²⁰ Rechtbank Arnhem 2 mei 2008, LJN BH1564 en 10 juni 2008, LJN BH1567.

²¹ Rechtbank Arnhem 10 juni 2008, LJN BH1567.

²² Rechtbank Amsterdam 17 juli 2008, LJN BD9799 Rechtbank Middelburg 2 april 2008, LJN BD5245.

²³ Vierde Monitor Wsnp (Von Bergh e.a., Tilburg IVA/UVT 2008). De tekst van deze vierde monitor is ook de vinden op www.wsnp.rvr.org

²⁴ De Recofarichtlijnen met daarin de (strengere) sollicitatieplicht werden per 1 oktober 2005 ingevoerd.

De *nakoming van het aanbod* moet zijn gewaarborgd. Bij een prognose aanbod stuit het verzoek soms af op twijfel van de rechtbank aan de nakoming van het aanbod. De rechtbank Rotterdam²⁵ had die twijfel bij een verzoeker die ongeveer twee maanden tevoren was begonnen met een cursus stoppen met gokverslaving, welke blijkbaar nog niet was afgerond. De rechtbank Maastricht²⁶ zag onvoldoende waarborg in de nakoming van het aanbod in een zaak waarin – het ging om een prognose-aanbod – drie jaar lang meer gespaard moest worden dan in het wettelijk traject. De rechtbank betrok hierbij dat de verzoeker vijf jaar na een eerdere Wsnp (met schone lei) weer in de schulden zat.

Dat een schuldeiser zich op het argument kan beroepen dat instemming met het voorstel *concurrentievervalsend* kan werken bleek uit een uitspraak in een kort geding bij Hof Amsterdam.²⁷ Het ging hier om een bedrijfstakpensioenfonds dat onder meer stelde dat het volstaan met het betalen van slechts een deel van de verschuldigde pensioenpremies concurrentieverstorend zou werken en dat daarvan een ongewenste precedentwerking zou uitgaan. Deze belangen werden gehonoreerd.

Volgens rechtbank Zwolle²⁸ is het bij de belangenafweging van art. 287a lid 5 Fw een rechtens te respecteren belang indien de *verzoeker stelt uit de Wsnp te willen blijven*.²⁹ Dit is op zich juist, maar het gaat in de kern, zoals gezegd, om de vraag of er een goed gedocumenteerd, maximaal aanbod ligt dat de vergelijking met een in een Wsnp te verwachten opbrengst kan doorstaan. Ik zie – overeenkomstig de Hoge Raad in zijn Payroll-arrest - niet hoe het argument van de verzoeker dat hij geen beroep op de Wsnp wil doen daarbij een zelfstandige rol kan spelen.

Ik noem tot slot de situatie dat de weigerachtige schuldeiser via beslaglegging zijn vordering incasseert, soms zelfs tot een hoger bedrag dan waarop hij in het door hem afgewezen voorstel recht heeft. De rechtbank Den Bosch ging er – mijns inziens terecht – vanuit dat de hoogte van de vorderingen op de datum waarop het verzoek wordt toegewezen beslissend is voor de vraag waarop de schuldeisers recht hebben.³⁰

c. Is (te verwachten) toelating tot de Wsnp een vereiste?

In diverse uitspraken is deze vraag ontkennend beantwoord. In een zaak waarin de verzoeker wegens een eerdere – met schone lei beëindigde Wsnp – niet opnieuw kon worden toegelaten (zie art. 288 lid 2 onder d Fw.) wees de rechtbank Rotterdam het verzoek³¹ toch toe. Volgens de rechtbank is in de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 287a steeds de nadruk gelegd op de wenselijkheid om door middel van een minnelijke regeling tot een oplossing van de schuldenproblematiek te geraken. In een andere zaak bij deze rechtbank³² had de verzoeker wegens verduistering in dienstbetrekking een schuld van € 40.000,- bij de desbetreffende werkgever. Ook dit stond niet aan de weg aan toewijzing van het verzoek. Mogelijk – duidelijk wordt dit niet – speelde een rol dat die werkgever zelf wel met het aanbod voor een minnelijke regeling had ingestemd en dat de weigerende schuldeiser door beslaglegging al 50% op haar vordering had geïncasseerd.

²⁵ Rechtbank Maastricht 18 maart 2009, LJN BH9181.

²⁶ Rechtbank Maastricht 19 maart 2008, LJN BC7133

²⁷ Hof Amsterdam 4 november 2008, LJN BH4031.

²⁸ Rechtbank Zwolle 17 maart 2008, SchuldSanering 2008/3, p. 38 ev

²⁹ Zie ook een niet gepubliceerde uitspraak van rechtbank Amsterdam van 4 november 2008, zaaknummer 408499. Het belang om geen beroep op de Wsnp te hoeven doen is volgens de rechtbank een rechtens te respecteren belang.

³⁰ Rechtbank Den Bosch 11 augustus 2008, LJN BE7655.

³¹ Rechtbank Rotterdam 1 augustus 2008, LJN BD9164.

³² Rechtbank Rotterdam 22 februari 2008, LJN BC 5193.

Het is inderdaad juist dat de het alternatief van de Wsnp geen eis is die in de wetsgeschiedenis bij art. 287a uitdrukkelijk is genoemd. We zagen in deel 1 van deze bijdragen dat door de minister wel is aangegeven dat strafrechtelijke boetes (wegens misdrijf) - die dus reden kunnen zijn om het Wsnp-verzoek af te wijzen (art. 288 lid2 onder b Fw) – kunnen worden meegewogen bij de beslissing op het schuldregelingsverzoek³³ en dat overigens geen volstrekt duidelijk antwoord op deze vraag is gegeven. Toch acht ik het in strijd met de doelstelling en plaats van art. 287a Fw om de beoordeling van een dwangregelingsverzoek los te knippen van het oordeel of het onderliggende Wsnp verzoek toewijsbaar is. De invoering van art. 287a is immers bedoeld om toegang tot de Wsnp te beperken en niet om de groep van mensen die voor een door de rechter gefaciliteerde sanering van hun schulden in aanmerking kan komen uit te breiden. Ik citeer daarom nog uit de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp dat tot invoering van art. 287a Fw. leidde: *“Voorkomen wordt dat personen in de schuldsaneringsregeling terecht komen die in het minnelijk traject op eigen kracht in samenspraak met hun crediteuren een regeling hadden kunnen treffen waarmee alle partijen hadden kunnen leven, ware het niet dat een weigerachtige crediteur wellicht zonder valide redenen zijn medewerking had geweigerd.”*³⁴ Ook in dit citaat wordt uitgegaan van mensen die in het wettelijk traject terechtkomen omdat er kort gezegd een schuldeiser is die zich in het minnelijk traject onredelijk opstelt. Tijdens het schrijven van deze bijdrage verscheen een uitspraak van rechtbank Den Haag waarin deze stelling ook werd ingenomen.³⁵ Voor meer duidelijkheid lijkt het wachten op jurisprudentie van de (hoven en de) Hoge Raad. In elk geval zou bij ontbreken van het alternatief van een Wsnp een andere afweging gemaakt moeten worden, waar het gaat om de vergelijking van het aanbod met het alternatief van een insolventieprocedure. Op die lijn zat rechtbank Utrecht in zijn vonnis van 4 februari 2009, LJN BH2401. De rechtbank Rotterdam deed dat niet in genoemde uitspraak van 1 augustus 2008. Daarin lijkt het voorstel te zijn afgezet tegen de opbrengst in een (denkbeeldige) Wsnp nu uit de uitspraak moet worden afgeleid dat de voorgestelde regeling een spaartraject van 36 maanden inhield. De rechtbank Zwolle deed dat evenmin in de eerder genoemde uitspraak van 17 maart 2008.³⁶ In een overweging ten overvloede stelde deze rechtbank dat de gangbare termijn van drie jaar bij invoering van de Wsnp was gebaseerd op het toen in het minnelijk traject bestaande inzicht dat in het algemeen in redelijkheid niet langer dan drie jaar van schuldenaren kan worden verlangd om ten behoeve van hun schuldeisers een maximaal offer te brengen. Om die reden zou – ook als een Wsnp niet aan de orde zou zijn – het verzoek worden toegewezen. Deze overweging roept diverse vragen op. Allereerst is onduidelijk wat met “maximaal offer” wordt bedoeld. Als hiermee wordt bedoeld op een situatie waarin een de verzoeker van de zogeheten beslagvrije voet moet rondkomen is dit weliswaar juist, maar bij toekenning van de zogeheten reserveringstoeslag van 5% - en dat gebeurt standaard in de Wsnp - is dat niet aan de orde. Daarnaast blijkt uit de wetsgeschiedenis van de totstandkoming van de Wsnp allerminst dat drie jaar als een vaststaande termijn gold. In het eerste voorstel werd de rechter een grote vrijheid gegeven bij het bepalen van de looptijd.³⁷ Deze kon maximaal vijf jaar zijn. Van een vast uitgangspunt van drie jaar was in elk geval geen sprake en inmiddels is het zo dat een minnelijk traject volgens de NVVK bij een afdacht van meer dan € 200,00 per maande geen 36 maar 60 maanden mag duren. Het door de rechtbank genoemde uitgangspunt is dus allerminst onomstreden. Ten slotte heeft Hof Arnhem (nevenzittingsplaats Leeuwarden) in een tussenarrest van 5 augustus 2008, LJN

³³ NV II 2005/06, 29 942, nr. 7 p. 78.

³⁴ MvT II 2004/05, 29 942, nr. 3 p. 17.

³⁵ Rechtbank Den Haag 21 april 2009, LJN BI1789. Opvallend in deze uitspraak is dat eerst het Wsnp-verzoek wordt beoordeeld. Dat is mijns inziens niet nodig.

³⁶ SchuldSanering 2008/3, p. 38 ev.

³⁷ MvT II 1992/93, 22 969, nr. 3 p. 18.

BD9626 overwogen dat het niet wel denkbaar is dat van een schuldeiser medewerking aan een minnelijke, onderhandse schuldregeling kan worden gevergd indien de verzoeker er niet in slaagt aannemelijk te maken dat de schulden te goeder trouw zijn ontstaan of onbetaald zijn gelaten. Anders dan de rechtbank Zwolle in voornoemde uitspraak (noot 31) oordeelde het Hof dat ook in deze fase de bewijslast van de goede trouw al bij de verzoeker ligt. Ook dat lijkt mij een juist en belangrijk uitgangspunt.

d. Prognose aanbod versus saneringskrediet

Uit de jurisprudentie blijkt dat er grofweg op twee wijzen een aanbod aan de schuldeisers wordt gedaan. De bekendste methode is dat een zogeheten saneringskrediet wordt afgesloten en dat daarmee aan de schuldeisers een vast percentage (dubbel percentage voor de preferente schuldeisers) van hun vorderingen wordt aangeboden. Dit is vergelijkbaar met het klassieke percentageakkoord in insolventies. In andere gevallen wordt een zogeheten prognose aanbod gedaan. Dit houdt in dat is uitgerekend wat de verzoeker – uitgaande van de financiële situatie van dat moment – gedurende 36 maanden kan sparen. Aan de hand van dit bedrag wordt een prognose (percentage) aangeboden. Dit bedrag (en percentage) kan dus afwijken van het uiteindelijk te sparen bedrag. De schuldhulpverlener houdt toezicht op de maandelijkse afdrachten. Elk jaar vindt – na aftrek van de kosten, globaal 9% van het gespaarde bedrag - een uitkering plaats. De belangrijkste vraag in dit verband is wat dit toezicht inhoudt? Dat zal van geval tot geval verschillen. Het is mijn ervaring dat er – tijdens de looptijd van de schuldregeling (het spaartraject) - uiteindelijk weinig controle op de verzoeker en zijn afdrachten wordt uitgeoefend. Toch blijkt uit enkele uitspraken van (een groot) vertrouwen in die controle. In de uitspraak van rechtbank Rotterdam van 22 februari 2008³⁸ ging het om een verzoeker die gokverslaafd was geweest. De rechtbank achtte de nakoming van de verplichtingen door de verzoeker tijdens de termijn van de voorgestelde regeling van 36 maanden voldoende gewaarborgd waarbij van belang werd geacht dat de verzoeker een behandeltraject had gevolgd en onder budgetbeheer zou blijven staan. Bij niet-nakoming van de afspraken zou de overeenkomst door de Kredietbank worden beëindigd en zou het gespaarde tegoed onder de crediteuren worden verdeeld. Ook de rechtbank Roermond³⁹ had voldoende vertrouwen in dit toezicht. Het ging hier om een verzoeker die via een re-integratietraject werkte (na een ongeval) en op dat werk begeleid moest worden. In de toekomst (na april 2009) zou hij mogelijk full time kunnen gaan werken. Nakoming van het prognose voorstel achtte de rechtbank met het toezicht door de Stichting Vorkmeer op de met de gemeente gemaakte afspraken voldoende gegarandeerd. Het wordt echter niet duidelijk waaruit dat toezicht en die garanties dan bestaan. Nu er ook sprake zou moeten zijn van toezicht op de sollicitatieplicht had de rechtbank mijns inziens meer inzicht in haar gedachtegang mogen geven. De rechtbank Middelburg verwees voor wat betreft die sollicitatieplicht tijdens de zo te noemen spaarperiode naar de Gedragscode Schuldregeling van de NVVK.⁴⁰

Artikel 7 van de Gedragscode Schuldregeling luidt als volgt:

Artikel 7.1 Financiële inspanningsverplichting schuldenaar

De schuldenaar dient gedurende de looptijd van de schuldregelingsovereenkomst aantoonbare inspanningen te verrichten om zijn inkomsten te vergroten en te behouden. De schuldenaar dient de schuldregelende instelling terstond te informeren over wijzigingen in zijn financiële en persoonlijke omstandigheden.

³⁸ Rechtbank Rotterdam 22 februari 2008, LJN BD9164.

³⁹ Rechtbank Roermond 18 december 2008, LJN BG7273.

⁴⁰ Rechtbank Middelburg 16 april 2008, LJN BD4816.

Artikel 7.2 Hercontrole

- a. Tenminste na 12 maanden, 24 maanden en aan het einde van de schuldregeling bepaalt de schuldregelende instelling opnieuw de hoogte van het Vrij Te Laten Bedrag en daarmee de aflossingscapaciteit, waarbij rekening wordt gehouden met wijzigingen in de inkomens- en vermogenspositie van de schuldenaar.
- b. De schuldregelende instelling controleert daarbij of de schuldenaar in de verstreken periode de aflossingscapaciteit volledig heeft ingebracht en controleert de financiële inspanningsverplichting als bedoeld in artikel 7.1.
- c. De schuldregelende instelling informeert de schuldeisers schriftelijk over de uitkomst van iedere uitgevoerde hercontrole.

Uit de tekst van deze gedragscode (zie kader) blijkt direct dat de controle op de sollicitatieplicht niet vergelijkbaar is met die in de Wsnp. Dit geldt in feite ook voor de controle op de afdrachtlicht nu deze niet elk half jaar maar eens per jaar plaatsvindt. Ik vrees dat deze controle ook in genoemde zaken bij de rechtbanken Rotterdam en Maastricht niet intensiever zijn dan volgens deze gedragscode. Vanuit het perspectief van de schuldeiser is dit geen goede zaak: hij krijgt volgens de debiteur en zijn schuldhelpverlener ongeveer hetzelfde als in een Wsnp terwijl controle op afdracht- en sollicitatieplicht op zijn minst genomen veel minder intensief zijn en huisbezoek en postblokkade achterwege blijven. Daar komt bij dat in de Wsnp de ‘worst’ van de schone lei voor motivatie bij de verzoeker zorgt of zal zorgen, wat bij een prognose-aanbod mijns inziens ontbreekt. Tegen die achtergrond is toewijzing van een verzoek ex art. 287a Fw. mijns inziens alleen te verdedigen als de schuldeisers relevant meer krijgen dan – naar verwachting – in een Wsnp.⁴¹ Maar uiteindelijk stelde rechtbank Utrecht in genoemde uitspraak van 5 februari 2009⁴² misschien wel de juiste vraag: waarom is een Wsnp niet aangewezen als in het minnelijk traject in feite hetzelfde gebeurt?

e. Welke informatie krijgt de schuldeiser?

Tot slot nog een procedureel punt. Uit het arrest van Hof Arnhem van 10 juli 2008⁴³ blijkt dat de schuldeiser in hoger beroep recht heeft op het hele dossier van de verzoeker, inclusief de volledige Wsnp-aanvraag. Ik vraag mij af welke informatie de schuldeisers in de minnelijke fase krijgen. Dat is zeker niet het hele dossier van de verzoeker. Verdedigbaar is, dat dit van invloed is op de beoordeling van art. 287a-veroeken. Dit kan als volgt worden toegelicht. Het in lid 5 genoemde criterium komt overeen met artikel 3:13 lid 2 BW waarin is omschreven in welke gevallen sprake is van misbruik van een bevoegdheid. Meer specifiek gaat het om het in art. 3:13 BW genoemde criterium dat degene aan wie een bevoegdheid toekomt, deze misbruikt indien hij, *‘in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.’* Volgens de Hoge Raad⁴⁴ gaat het daarbij om de onevenredigheid die de ‘rechthebbende’ kende of behoorde te kennen. Gelet op de overeenkomst tussen dit criterium en dat van art. 287a Fw. moet hiervan ook bij de beoordeling van art. 287a-verzoeken worden uitgegaan.

6. Wat niet aan bod komt

⁴¹ Dit kan bereikt worden door bijvoorbeeld geen rekening te houden met de in de Wsnp gebruikelijke 5% (reserverings)toeslag bij de berekening van het vrij te laten bedrag.

⁴² Rechtbank Utrecht 5 februari 2009 BH2401.

⁴³ Hof Arnhem 10 juli 2008, LJV BD6836.

⁴⁴ HR 21 mei 1999, NJ 1999, 507.

In de jurisprudentie komt – enigszins tot mijn verbazing – niet of nauwelijks aan bod de vraag of en in hoeverre de activa van de verzoeker in beeld zijn gebracht. In de schuldsaneringspraktijk worden bij huisbezoeken weliswaar slechts zelden waardevolle bezittingen aangetroffen, maar wel wordt regelmatig een auto of scooter door de bewindvoerder verkocht. Ook komt het voor dat de bewindvoerder een levensverzekeringpolis afkoopt (en de afkoopsom in de boedel laat vloeien). Ik vraag mij af of de insolventierechter nagaat of en hoe dit onderzoek heeft plaatsgevonden. In dit verband noem ik het onderzoek dat G. Benedictus, bewindvoerder te Garyp en gespecialiseerd in wettelijke akkoorden, heeft gedaan naar 100 van dergelijke akkoorden. Hij heeft gekeken naar de samenstelling van het boedelactief en dit vergeleken met het actief genoemd in het Wsnp-verzoek.⁴⁵ Volgens hem blijkt dat in twee van de drie zaken actief is getraceerd dat niet in het verzoekschrift was vermeld. De meest voorkomende zaken zijn (oude) spaarloonrekeningen of een vergeten verzekeringpolis, maar ook was sprake van een auto die drie maanden voor de toelating naar een familielid was overgeschreven. Bij ex-ondernemers is vaak sprake van fiscale verliezen die verrekend kunnen worden met het inkomen, waarbij de bewindvoerder erop toeziet dat die niet blijft staan totdat schuldenaar uit de regeling is. Verrassend is verder dat in 72 procent van de onderzochte zaken (betreffende schuldenaren zonder eigen onderneming) het boedelactief uit meer bestond dan de spaarcapaciteit. In het verlengde hiervan wijs ik erop dat uit diverse onderzoeken is gebleken dat veel schuldenaren ten onrechte geen beroep doen op allerlei fiscale en andere voorzieningen. Om die reden kan een deel van het Wsnp-actief bestaan uit aanspraken op dergelijke voorzieningen (betreffende de pre-Wsnp periode of via de afdrachtplicht). Dit alles lijkt mij reden om bij beoordeling van art. 287a Fw.-verzoeken kritisch te kijken naar het onderzoek door de schuldhulpverlener naar de activa. Daarom moet ook bij een minnelijk traject een huisbezoek, controle bij de Rijksdienst voor het Wegverkeer en andere openbare registers zoals het kadaster en een zogeheten voorzieningencheck het uitgangspunt te zijn.

Uit de jurisprudentie blijkt evenmin, een uitzondering daar gelaten, dat de rechter nagaat op welke wijze de schuldenlast en de hoogte van de schulden is onderzocht. Mijn eigen ervaring is dat in het wettelijk traject vaak blijkt dat de bij de artikel-285-verklaring gevoegde schuldenlijst niet compleet of onjuist is. Dit wordt bevestigd door een bij de rechtbank Rotterdam uitgevoerd onderzoek.⁴⁶ Daarin is in een paar honderd zaken het schuldenoverzicht uit het minnelijk traject vergeleken met de na verificatie vastgestelde lijst in het wettelijk traject.⁴⁷ In géén van de onderzochte gevallen bleek het overzicht uit het minnelijk traject juist te zijn! Het gaat daarbij niet alleen om schulden die helemaal niet op de schuldenlijst stonden, maar ook om de hoogte van de wel genoteerde vorderingen. In de zaak die leidde tot het eerder genoemde vonnis van de rechtbank Roermond van 18 april 2008 (LJN BD0432) verklaarde de schuldhulpverleenster ter zitting doodleuk dat zij niet controleerde of de ingediende vorderingen wel juist waren! Ik vrees dat zij niet de enige is. Waar bij het niet-bekend zijn van schuldeisers nog gezegd kan worden zij recht hebben op het aangeboden percentage, leidt het noteren van vorderingen voor onjuiste bedragen onherroepelijk tot onjuiste uitbetalingen en bij te hoge bedragen gaat dat ten koste van de overige schuldeisers. Ik meen daarom dat de schuldenaar in het minnelijk traject tot doorzending van post moet worden verplicht, dat verklaard wordt door de schuldhulpverlener dat en hoe de hoogte van de ingediende vorderingen is gecontroleerd en dat de rechter dit ter zitting steekproefsgewijs nagaat (om de schuldhulpverlening scherp te houden).

Ten slotte vermeld ik dat een verzoeker die alimentatieplichtig is in een Wsnp in beginsel nihilstelling van zijn alimentatieplicht kan vragen. Ik vraag mij af of schuldhulpverleners zich

⁴⁵ Dit blijkt uit Wettelijke Schuldsanering, jaargang 1 nummer 2, een nieuwsbrief van Bureau Benedictus.

⁴⁶ M. Laan van de Christelijke Hogeschool Windesheim – juni 2004.

⁴⁷ 92 zaken uit 1999, 104 uit 2000 en 118 uit 2001.

dit realiseren als zij ten behoeve van een dwangregelingsverzoek een berekening van het vrij te laten bedrag opstellen en of de rechter zich bij vergelijking van het aanbod met de prognose in een Wsnp realiseert. Met dit voorbeeld wil ik aangeven dat er heel wat haken en ogen zitten aan de vergelijking tussen het aanbod en de berekening van de opbrengst in een Wsnp.

7. Afronding en voorstel

Veel insolventierechters hebben de door de wetgever toegeworpen handschoen opgepakt en verzoeken tot oplegging van een dwangregeling toegewezen, waar dat met het Payroll-arrest in de hand anders had kunnen worden beslist. Dat is tot op zekere hoogte te begrijpen nu bij deze verzoeken een volledig Wsnp-verzoek wordt ingediend en deze Wsnp en de daarin te verwachten opbrengst een duidelijk ankerpunt biedt. Ook kan verdedigd worden dat van het minnelijk traject niet verwacht kan worden dat daarin de zelfde controles plaatsvinden als in het wettelijk traject, zodat geen volledige zekerheid kan worden verlangd. Toch zou naar mijn mening een meer kritische houding ten aanzien van art. 287a-verzoeken op zijn plaats zijn, niet alleen wegens de door de Hoge Raad in zijn meergenoemd arrest vermelde en mijns inziens overtuigende argumenten, maar ook omdat uit de Wsnp praktijk blijkt dat het onderzoek naar het vermogen en de schuldenlast niet altijd even deskundig en/of zorgvuldig wordt uitgevoerd. Dat de kwaliteit van het minnelijk traject wel eens te wensen overlaat blijkt niet alleen uit de voorbeelden uit de vorige paragraaf maar ook uit twee recente uitspraken. In de zaak die leidde tot de uitspraak van rechtbank Den Bosch van 20 februari 2009, LJN BI0660 had de schuldhulpverlener over het hoofd gezien en waarschijnlijk zelfs niet beseft dat bij samenwonende schuldenaren niet – in elk geval niet zonder nadere toelichting – kan worden volstaan met het opstellen van één schuldenlijst. In mijn praktijk kwam ik die vergissing zo vaak tegen dat ik vermoed dat veel schuldhulpverleners het verschil tussen samenwonende en (in gemeenschap van goederen) getrouwde schuldenaren niet kennen en dat geeft te denken. Een tweede voorbeeld wordt gegeven met het vonnis van de rechtbank Den Haag van 23 april 2009.⁴⁸ De schuldhulpverlenende instantie had (namens de schuldenaar) in die zaak eerder een dwangregeling verzocht en gekregen betreffende twee schuldeisers. Nadien bleek dat deze schuldeisers wel hadden ingestemd met het saneringsvoorstel maar dat er vijf andere schuldeisers niet akkoord waren gegaan. Ten slotte noem ik dat in de art.287a-verzoeken die bij de rechtbank Arnhem zijn ingediend regelmatig is gebleken dat de overgelegde berekening van het vrij te laten bedrag niet juist was (zie ook noot 18). Dit is niet vreemd omdat de berekening van dat bedrag vaak niet eenvoudig is, maar ook op dit punt blijkt strenge controle gewenst.

Als het gaat om een prognose aanbod geldt dat de controle op afdracht en sollicitaties in het minnelijk traject niet vergelijkbaar is met die in het wettelijk traject. Die verschillen zijn dermate groot dat een prognose aanbod mijns inziens slechts bij uitzondering dient te worden 'opgelegd'. Ten slotte pleit de plaats van art. 287a in de Faillissementswet en de totstandkoming ervan ervoor dat bij toewijzing van een art. 287a-verzoek een verwachte toelating tot de Wsnp als eis geldt.

Naar mijn mening moeten bij de beoordeling van dwangregelingsverzoeken de volgende uitgangspunten worden gehanteerd:

a. Indien duidelijk is dat het Wsnp verzoek zal worden afgewezen, dient het verzoek in beginsel te worden afgewezen.

⁴⁸ Rechtbank Den Haag 23 april 2009, LJN BI2623.

b. In beginsel dienen alleen gedwongen schuldregelingen te worden opgelegd indien met een (sanerings)krediet een vast en direct betaalbaar te stellen bedrag voor de schuldeisers op tafel komt. Zogenaamde prognose-aanbiedingen dienen zeer kritisch beoordeeld te worden.

c. Als de verzoeker in een eventuele Wsnp sollicitatieplichtig zou zijn, dient in beginsel geen schuldregeling te worden opgelegd. Dit is slechts anders indien gelet op de arbeidsmarktpositie van de verzoeker redelijkerwijs in een Wsnp geen hogere netto uitkering te verwachten is. Het moet gaan om evidente gevallen zoals een verzoeker zonder enige opleiding die bijvoorbeeld al 20 jaar een bijstandsuitkering ontvangt of om een verzoeker die al langere tijd werkloos is en tegen de pensioengerechtigde leeftijd (nu 65 jaar) zit. Ik noem nogal duidelijk situaties omdat uit de Vierde Monitor Wsnp (zie noot 23) blijkt dat er gemiddeld genomen een relevante kans op het vinden van werk bestaat. Mijn ervaring als kantonrechter is voorts dat het buitengewoon lastig is om in te schatten wat de kans op het vinden van betaald werk is.

d. Vergelijking met de in een eventuele Wsnp te verwachten uitdeling aan de schuldeisers speelt een zeer grote rol bij de beoordeling van dwangregelingsverzoeken. Daarom mag van het minnelijk traject verwacht en geëist worden dat een deugdelijk onderzoek naar de schulden en het vermogen en de schuldenlast verricht wordt. Een huisbezoek, een voorzieningencheck,⁴⁹ controle van de post en controle bij de Rijksdienst voor het Wegverkeer en andere openbare registers zoals het kadaster dienen het uitgangspunt te zijn. Ook dient duidelijk gemaakt te worden dat en op welke wijze de (hoogte van) de ingediende vorderingen is gecontroleerd. Dit kan ter zitting steekproefsgewijs worden gecontroleerd.

Bij dit alles moet bedacht worden dat de Faillissementswet de mogelijkheid kent om een akkoord aan de schuldeisers aan te bieden. Hierover is in het verleden in dit blad meermalen geschreven.⁵⁰ Gebleken is dat het voor veel schuldhulpverleners lastig is een dergelijk akkoord als het ware voor te koken zodat dit kort na toelating tot de Wsnp kan worden aangeboden. Alleen in Friesland heeft deze werkwijze⁵¹ een grote(re) vlucht genomen. Toch gaat het niet om een ingewikkelde werkwijze. De crux is dat de in het minnelijk traject verkregen toestemming voor een minnelijke schuldregeling (desnoods) in het wettelijk traject bruikbaar is doordat deze tevens instemming met een Wsnp-akkoord inhoudt. Als dat gebeurt kan kort na de toelating tot de Wsnp een akkoord worden aangeboden met alle controle en waarborgen die de Faillissementswet biedt. Naar mijn mening is dit nog steeds een aanpak die het meeste recht doet aan de belangen van alle partijen. Het lijkt mij goed dat insolventierechter die zich gesteld ziet voor de beoordeling van een art. 287a-verzoek dit in het achterhoofd houdt.

⁴⁹ Op welke toeslagen, voorzieningen en belastingteruggaven heeft verzoeker nog recht?

⁵⁰ Zie onder meer R.R.M. de Moor – Meer dwang ter stimulering van de minnelijke regeling? Waarom niet gewoon de weg van het gerechtelijk akkoord?, SchuldSanering 2003/5, p. 13 e.v., H.H. Dethmers – Weg met het dwangakkoord?, SchuldSanering 2006/6, p. 9 e.v. en G. Benedictus - 'HET AKKOORD', een prachtig stuk gereedschap, SchuldSanering 2007/2, p. 16 e.v.

⁵¹ Onder de bezielende leiding van de Gemeentelijke Kredietbank in Leeuwarden zo heb ik mij laten vertellen.

