

WSNP

Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen

Periodiek

november 2014

Redactie

Mr. B.J. Engberts
Mr.dr. A.J. Noordam
Mr. M. van Bommel
Dhr. G. Benedictus
Mr. Th. A. Pouw

Redactiemedewerker

Mw. E.F.C. Timmermans

Adviseurs

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

Inhoud

- 24 **Van de redactie**
- 25 **De weg naar de Wsnp na eigen aangifte tot faillietverklaring geblokkeerd?**
Hanneke De Coninck-Smolders
- 26 **Mogelijkheden voor de ondernemer die niet failliet wil, maar ook niet meteen wil verzoeken om toelating tot de Wsnp?**
Theo Pouw
- 27 **Afkoop van een levensverzekering in faillissement en schuldsanering in de jurisprudentie (I)**
Berend Engberts
- 28 **De looptijd van de schuldsaneringsregeling na voorafgaand faillissement**
Eva Timmermans
- 29 **Nieuws in het kort**
- 30 **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 geadvertiseerd worden. Voor een prijsopgave en nadere informatie over adverteren, kunt U zich wenden tot het redactiesecretariaat.

ISSN-nummer: 2210-6650

Redactiesecretariaat

WSNP Periodiek

Postbus 1126, 6501 BC Nijmegen

e-mail: redactie@wsnp-periodiek.nl, faxnummer: 024-3810868

Uw bijdrage aan *WSNP Periodiek*

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

24 - Van de redactie

Voor u ligt alweer het laatste nummer van 2014. Na vijf jaargangen was ons tijdschrift toe aan een nieuw 'jasje'. Vanaf 2015 zal *Wsnp Periodiek* daarom een nieuw, opgefrist uiterlijk aangemeten krijgen. Op Twitter – zichtbaar op onze website – zullen wij kort na het verschijnen van dit nummer een voorproefje laten zien.

De Praktijkrubriek van dit novembern timer openen wij met een bijdrage van Hanneke De Coninck-Smolters. Zij heeft voor ons blad een bewerking gemaakt van een artikel dat eerder verscheen in het Tijdschrift voor Insolventierecht over het traject dat voorafgaat aan de toelating tot de Wsnp-regeling. In de praktijk zijn er schuldenaren die zelf aangifte tot faillietverklaring doen met het doel het faillissement om te laten zetten in de Wsnp. Dit brengt risico's met zich mee en werpt ook vragen op.

Theo Pouw gaat in op hetzelfde thema, maar dan gericht op ondernemers. Hij vraagt zich af of het niet eenvoudiger en duidelijker zou zijn wanneer het in artikel 15b Fw gemaakte onderscheid tussen faillietverklaring op eigen aangifte en op aanvraag van een schuldeiser wordt losgelaten.

De Rechtspraakrubriek begint met het eerste deel van een artikel van Berend Engberts over het afkopen van een levensverzekering en de gevolgen hiervan aan de hand van drie uitspraken. Het tweede deel verschijnt in het volgende nummer.

In dezelfde rubriek bespreekt Eva Timmermans de vraag of de looptijd van de Wsnp niet verkort moet worden met de duur van een eventueel voorafgaand faillissement. Zij behandelt daarbij een uitspraak van Rechtbank Den Haag van 27 mei 2014.

Zoals u van ons gewend bent, eindigen wij met onze rubrieken 'Nieuws in het kort' en 'Actuele rechtspraak kort'.

Wij overwegen in een volgend nummer aandacht te besteden aan het geval dat een schuldenaar een CV-ketel heeft gehuurd dan wel ter zake een CV-ketel een huurkoopovereenkomst heeft gesloten. Graag komen wij in contact met bewindvoerders of anderen die ervaring hebben met dergelijke overeenkomsten in de schuldsaneringsregeling. Wij vragen hen vriendelijk een e-mail te zenden aan redactie@wsnp-periodiek.nl.

Dit nummer werd mede mogelijk gemaakt door de softwareleverancier 'Fineaid' en onze vaste adverteerder 'Onlineveilingmeester.nl', waarvoor onze dank.

Hoewel oud en nieuw nog ver weg is, heeft de redactie al een goed voornemen voor 2015. In de loop van volgend jaar willen wij onze abonnees toegang geven tot ons (digitale) archief.

Wij wensen u veel leesplezier en alvast goede feestdagen toe!

De redactie

25 - De weg naar de Wsnp na eigen aangifte tot faillietverklaring geblokkeerd?

Hanneke De Coninck-Smolters*

De schuldsaneringsregeling natuurlijke personen ("Wsnp") is een goed instrument voor natuurlijke personen om op een relatief korte termijn uit de financiële problemen te raken. Voor toelating tot de Wsnp dient de schuldenaar eerst een minnelijk traject te hebben gevolgd. Dat traject is niet altijd eenvoudig toegankelijk en neemt tijd in beslag, waardoor schuldenaren naar andere mogelijkheden zoeken om sneller tot de Wsnp te worden toegelaten. Dit resulteert veelal in een eigen aangifte tot faillietverklaring. Dit artikel gaat in op de eigen aangifte tot faillietverklaring met het oogmerk om het faillissement te laten omzetten in de Wsnp en het daaraan verbonden risico van nul op het rekest.

1. Inleiding: rechtstreekse toelating tot de Wsnp

Artikel 284 Fw bepaalt dat een natuurlijk persoon, indien redelijkerwijs is te voorzien dat hij niet zal kunnen voortgaan met het betalen van zijn schulden of indien hij verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen, de rechter kan verzoeken de toepassing van de Wsnp uit te spreken. Hij zal zich daartoe bij verzoekschrift tot de rechtbank moeten wenden. Art. 285 Fw schrijft voor welke bijlagen bij het verzoekschrift dienen te worden gevoegd. Onder meer dient de schuldenaar een met redenen omklede verklaring over te leggen dat er geen reële mogelijkheden zijn om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen, alsmede over welke aflossingsmogelijkheden hij beschikt. De verklaring dient te worden afgegeven door het college van burgemeester en wethouders van de gemeente van de woon- of verblijfplaats van de schuldenaar. Het college kan deze bevoegdheid mandateren

aan een gemeentelijke kredietbank. De Hoge Raad heeft bepaald dat de verklaring ook kan worden afgegeven door personen als bedoeld in art. 48 lid 1, onder c van de Wet op het consumentenkrediet (HR 5 november 2010, LJN BN8056, NJ 2011/31 m.nt. PvS onder NJ 2011/32). Dit betreft bijvoorbeeld advocaten, notarissen, deurwaarders, curatoren en Wsnp-bewindvoerders.

Uit de Parlementaire Geschiedenis (MvT, Kamerstukken II 1997/98, 25 672, nr. 3, p.4) volgt dat zonder verklaring dat de schuldenaar tevergeefs pogingen heeft ondernomen om met zijn schuldeisers tot een minnelijk vergelijk te komen de regeling niet van toepassing kan worden verklaard. Overlegging van een dergelijke verklaring past in het beleid strenger te zijn aan de poort van de Wsnp die alleen te openen is door schuldenaren die er klaar voor zijn, die de minnelijke procedure doorlopen hebben en van wie bekend is hoe hun financiële positie is (MvT, Kamerstukken II 2004/05 nr. 7, p. 53). Uit de lagere rechtspraak volgt echter dat onder omstandigheden toch kan worden afgezien van een volwaardig (gemeentelijk) minnelijk traject, bijvoorbeeld als duidelijk is dat met een schuldeiser geen akkoord mogelijk is, als de schuldenaar niet meer over aflossingscapaciteit beschikt of als uit een brief van de advocaat van de schuldenaar blijkt dat een aanbod was gedoemd te mislukken.¹

In de praktijk is het voor schuldenaren soms moeilijk om in aanmerking te komen voor minnelijke schuldhulp. In sommige gemeentes is minnelijke schuldhulp bijvoorbeeld niet of niet gemakkelijk toegankelijk voor (ex-)ondernemers.² Een minnelijk traject is bovendien vaak tijdrovend terwijl het schuldenaren in ernstige financiële moeilijkheden in veel gevallen juist aan tijd ontbreekt.

2. Misbruik van bevoegdheid bij eigen aangifte tot faillietverklaring

Deze complicaties leiden ertoe dat schuldenaren soms trachten via een eigen aangifte tot faillietverklaring alsnog in aanmerking te komen voor toepassing van de Wsnp. Art. 15b Fw bepaalt dat indien het faillissement is uitgesproken op eigen aangifte van de schuldenaar, de rechtbank, totdat de verificatievergadering is gehouden, of, indien de verificatievergadering achterwege blijft, totdat de rechter-commissaris een beschikking tot vereenvoudigde afwikkeling heeft gegeven, op verzoek van de gefailleerde diens faillissement kan opheffen onder het gelijktijdig uitspreken van de Wsnp. Een schuldenaar die deze route ambieert dient een daartoe strekkend verzoekschrift in te dienen bij de rechtbank. Hoewel art. 15b lid 2 Fw spreekt van een verzoekschrift als bedoeld in artikel 284 Fw volstaat in de praktijk een kort briefje van de schuldenaar aan de rechtbank waarin hij de rechtbank verzoekt zijn faillissement om te zetten in de Wsnp. Volgens het bepaalde in de richtlijnen 3.2.1.1 en 3.2.1.2 van het Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken (per 1 januari 2013) wordt daarbij niet vastgehouden aan de geldende wettelijke eis om eerst een buitengerechtelijke schuldregeling te beproeven. In plaats van de stukken die op grond van art. 284 en 285 Fw en richtlijn 3.1.2.6 van het procesreglement moeten worden overgelegd, waaronder de verklaring dat een minnelijke traject niet gelukt is, kan worden volstaan met overlegging van het openbare verslag van de curator aangevuld met zijn schriftelijk advies over de omzetting (richtlijn 3.2.1.2 procesreglement). Daarover wordt door rechters wel anders geoordeeld, zie de hierna te bespreken arresten van Hof's-Hertogenbosch eind 2013/begin 2014 en de prejudiciële vragen die Hof Arnhem-Leeuwarden aan de HR wil stellen over de noodzaak een omzettingsverzoek vooraf te doen gaan door een poging tot een

buitengerechtelijke schuldregeling (minnelijk traject).

Hoewel, de "hobbels" van de rechtstreekse toelatingsweg tot de Wsnp indachtig, de hierboven geschetste alternatieve route via een eigen aangifte tot faillietverklaring aantrekkelijk lijkt en, zo is onze ervaring, in het verleden ook vaak werd bewandeld, heeft de Hoge Raad inmiddels een wegversperring opgeworpen met het plakkaat "misbruik van bevoegdheid". In zijn arrest van 28 juni 2013 (ECLI:NL:HR:2013:48, NJ 2013/365) heeft de Hoge Raad het oordeel van het Hof's-Gravenhage gesanctioneerd dat een schuldenaar van de bevoegdheid om zijn eigen faillissement aan te vragen gebruik maakt met een ander doel dan waarvoor die bevoegdheid is verleend indien het hem erom is te doen om langs de weg van een faillissement tot toepassing van de Wsnp te komen.

In de zaak die tot voornoemd arrest heeft geleid was sprake van een schuldenaar die in Nederland een garagebedrijf had uitgeoefend, maar dit bedrijf inmiddels had beëindigd. Hij had nog een woonplaats in Den Haag, maar was in verband met ziekte met zijn echtgenote naar Turkije gegaan. De kans dat hij nog naar Nederland zou terugkeren was vanwege de aard van zijn ziekte niet groot.

De rechtbank had overwogen dat de aanvrager weliswaar voldeed aan de eisen voor het uitspreken van een faillissement, maar dat hij met zijn aanvraag misbruik van bevoegdheid maakte, nu er geen bekende baten waren en een faillissement, in verband met de daaraan verbonden kosten, slechts ertoe kon leiden dat de schulden van de aanvrager nog verder toenamen en bovendien het salaris van een aan te stellen curator niet verhaalbaar zou zijn waardoor de tot curator aan te stellen persoon onevenredig zou worden benadeeld. Het hof heeft deze overwegingen onderschreven en

heeft voorts overwogen dat het betoog van betrokkene dat een faillissement voor hem de weg vrij maakt naar de Wsnp die voor hem als ondernemer niet rechtstreeks openstaat, maar wel als hij in staat van faillissement is verklaard, berustte op een onjuiste veronderstelling nu betrokkene als natuurlijk persoon, ook al is hij ondernemer, rechtstreeks in aanmerking komt voor toepassing van de Wsnp. Voorts overwoog het hof dat betrokkene van de bevoegdheid om zijn eigen faillissement aan te vragen gebruik maakte met een ander doel dan waarvoor die bevoegdheid is verleend indien het hem erom was te doen om langs de weg van een faillissement tot toepassing van de Wsnp te komen. De Hoge Raad kwam tot het oordeel dat deze overwegingen het oordeel van het hof dat sprake was van misbruik van recht kunnen dragen.

Tijdens de behandeling van de eigen aangifte tot faillietverklaring kwam onder meer het oogmerk dat bij de schuldenaar had voorgezet bij het aanvragen van zijn faillissement aan de orde. Betrof dit oogmerk uitsluitend omzeiling van het minnelijke traject om aldus een snelle toelating tot de Wsnp te bewerkstelligen? Uit het arrest wordt dit niet duidelijk. Ook A-G Wuisman heeft hiermee zichtbaar geworsteld. Achttende hij in zijn eerste conclusie misbruik nog aannemelijk, in een aanvullende conclusie komt hij daarop terug. Uit het arrest kan worden afgeleid dat het doen van eigen aangifte met als enkel doel snel te worden toegelaten tot de Wsnp niet geoorloofd is. Maar wat als dit mede een doel is? Dat wordt niet duidelijk. Volgens de A-G zou het faillissement dan toch moeten worden uitgesproken.

Na het hierboven besproken arrest van de Hoge Raad is in de lagere rechtspraak nog een aantal keer een eigen aangifte tot faillietverklaring aangemerkt als misbruik van recht/misbruik van bevoegdheid. In haar vonnis van 31 juli 2013 oordeelde Rechtbank Midden-

Nederland ECLI:RBMNE:2013:3118 dat de verzoekers de eigen aangifte hadden gedaan met als doel versneld in de Wsnp te komen en dat dit misbruik van recht opleverde. Volgens de rechtbank was gebleken dat verzoekers bewust voor het doen van een eigen aangifte hadden gekozen, omdat zij vonden dat het minnelijke schuldhulpverleningstraject niet, althans niet snel genoeg, hun financiële problemen oploste. Voorts was gebleken dat verzoekers geen activa hadden die te gelde konden worden gemaakt zodat er geen uitzicht was op voldoening van de faillissementskosten, waaronder het salaris van de curator. Naar het oordeel van de rechtbank was sprake van een onevenredigheid tussen het belang van verzoekers om zonder eerst het minnelijke traject te moeten doorlopen op korte termijn tot de Wsnp te worden toegelaten en het belang van de curator om verschoond te blijven van niet verhaalbare kosten.

Op 21 augustus 2013 heeft dezelfde rechtbank een vergelijkbaar vonnis gewezen (Rechtbank Midden-Nederland 21 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3538). Daarin werd eveneens geoordeeld dat de eigen aangifte was gedaan met als doel om na de faillietverklaring een verzoek tot toepassing van de Wsnp in te dienen. Volgens de rechtbank was door de verzoekers bewust voor het doen van een eigen aangifte gekozen, omdat zij rust wilden in de aanloop naar hun verzoek tot toepassing van de Wsnp. Een dergelijk verzoek kon pas bijna een jaar later gedaan worden, omdat het dan tien jaar geleden zou zijn dat de vorige Wsnp van verzoekers was geëindigd. Het belang van verzoekers om op deze wijze, zonder het (opnieuw) doorlopen van een minnelijk traject, een verzoek tot toepassing van de Wsnp te kunnen indienen, is volgens de rechtbank niet het belang dat een faillissement dient, nu een faillissement er toe dient om de boedel te verdelen onder schuldeisers. In dit geval was er geen boedel te verdelen en was er dus sprake

van het uitoefenen van een bevoegdheid met een ander doel dan waarvoor zij is verleend.

In een zaak die heeft geleid tot het arrest Hof 's-Hertogenbosch 26 september 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:5116 had de schuldenaar de eerste horde, te weten faillietverklaring op eigen aangifte, genomen. Hij struikelde echter over de volgende: de rechtbank en het hof wezen zijn omzettingsverzoek af. Het hof overwoog in dat verband onder meer dat de schuldenaar de bevoegdheid om zijn eigen faillissement aan te vragen had uitgeoefend met een ander doel dan waarvoor die bevoegdheid was verleend, omdat hij aldus heeft getracht het voortraject te verkorten en het minnelijke traject te omzeilen. Nu de hierboven besproken verklaring ex art. 285 lid 1 sub f Fw in het kader van het omzettingsverzoek niet was overgelegd, kon het verzoek – kennelijk los van het in het procesreglement daaromtrent bepaalde – volgens het hof alleen al daarom worden afgevoerd. In gelijke zin Hof 's-Hertogenbosch 3 april 2014 ECLI:NLGHSHE:2014:965.

In zijn arrest van 6 februari 2014 (Hof 's-Hertogenbosch 6 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:389) hakte het Hof 's-Hertogenbosch met hetzelfde bijltje. Ook in dat arrest kwam het hof tot het oordeel dat de schuldenaar de bevoegdheid om haar eigen faillissement aan te vragen gebruikte voor een ander doel dan waarvoor zij is verleend, omdat naar het oordeel van het hof de eigen aangifte was gedaan met als doel om (snel) na de faillietverklaring een verzoek tot toepassing van de Wsnp in te dienen. Ook deze schuldenaar had bewust voor deze route gekozen omdat zij vond dat het minnelijke schuldhulpverleningstraject niet, althans niet snel genoeg, haar financiële problemen oploste en omdat zij rust wilde hebben in de aanloop naar haar verzoek tot toepassing van de Wsnp. Het hof achtte het door de schuldenaar gestelde belang om gedurende korte termijn de schuldeisers

van zich af te houden geen door de Faillissementswet beschermd belang, nu het belang dat door een faillissement zou moeten worden gediend verdeling is van de boedel onder de schuldeisers. In dit geval bleek naar het oordeel van het hof genoegzaam dat van enig actief, dat eventueel gebruikt zou kunnen worden voor de boedelschulden en/of verdeling onder de gezamenlijke schuldeisers, geen sprake was en ook niet binnen afzienbare tijd te verwachten viel. Bij de stand van zaken dat er geen actief is of binnen redelijke termijn te verwachten is, moet een onderzoek naar (te verwachten) actief door een te benoemen curator niet zinvol worden geacht, aldus het hof. De schuldenaar had nog aangevoerd dat zij met de eigen aangifte tot faillietverklaring mede had beoogd een dreigende huisuitzetting van haarzelf en haar twee minderjarige kinderen te voorkomen alsmede een dreigende afsluiting van de levering van gas, water of elektriciteit. Ook dit argument mocht niet baten, omdat volgens het hof in dergelijke gevallen art. 287 lid 4 Fw het mogelijk maakt de rechtbank te verzoeken om – hangende de beslissing op het schuldsaneringsverzoek – een voorlopige voorziening bij voorraad te geven.

Uit het bovenstaande volgt dat aan het doen van eigen aangifte tot faillietverklaring met als doel versneld en met omzeiling van het minnelijke traject in de Wsnp te komen het risico kleeft van nul op het rekest met als motivering misbruik van bevoegdheid. Hoewel uit het arrest van de Hoge Raad van 28 juni 2013 en de conclusies daarvoor van A-G Wuismann zou kunnen worden afgeleid dat het faillissement dient te worden uitgesproken indien voldaan is aan de vereisten voor faillietverklaring en niet komt vast te staan dat de eigen aangifte *uitsluitend* is gedaan met het hiervoor omschreven doel, blijkt uit de lagere rechtspraak dat het enkel aanvoeren van andere oogmerken veelal onvoldoende wordt geacht, zeker als enig onder de schuldeisers te

verdelen actief ontbreekt en voorts niet valt te verwachten.

Mogelijk scheidt de Hoge Raad op niet al te lange termijn (meer) duidelijkheid over dit onderwerp. Uit een uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 2 oktober 2014 (ECLI:NL:GHARL:2014:7567) volgt namelijk dat het hof voornemens is de volgende prejudiciële vragen aan de Hoge Raad voor te leggen:

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

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

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

3. Conclusie

Met zijn arrest van 28 juni 2013 heeft de Hoge Raad de weg via een eigen aangifte tot faillietverklaring naar de Wsnp ernstig bemoeilijkt. De weg lijkt doodlopend indien de eigen aangifte wordt gedaan uitsluitend met als doel versneld en met omzeiling van het minnelijke traject tot de Wsnp te worden

toegelaten. In dat geval is sprake van misbruik van bevoegdheid. Dit is slechts anders indien goed gemotiveerd kan worden welke (andere) belangen met het gevraagde faillissement worden gediend. De aanwezigheid van enig boedelactief of minst genomen zicht daarop lijkt daarbij een vereiste. Het ziet er naar uit dat de Hoge Raad op korte termijn in de gelegenheid gesteld wordt zich nader over dit onderwerp uit te laten naar aanleiding van prejudiciële vragen van het Hof Arnhem-Leeuwarden. Het zou mooi zijn als met de beantwoording van die vragen (nog) meer duidelijkheid wordt geschapen voor schuldenaren die zich veelal toch al in een onzekere moeilijke situatie bevinden.

** Dit artikel betreft een bewerking van:*

H. De Coninck-Smolders en J.L.F. van den Tooren, Toelating tot de Wsnp: meerdere wegen die naar Rome leiden?, TvI 2014/19. Mr. De Coninck-Smolders is advocaat-partner bij BLIX Advocaten te Amsterdam.

- 1 Engberts 2012, (T&C In), aant. 2 bij art. 285 Fw met verwijzing naar Hof's-Hertogenbosch 27 februari 2012, LJN BW0259, Hof's-Hertogenbosch 30 augustus 2011, LJN BR6561 en Hof's-Hertogenbosch 5 juli 2011, LJN BR5926.
- 2 G.H. Lankhorst, 'Misbruik van bevoegdheid bij aanvraag eigen faillissement', Bb 2013/78.

26 - Mogelijkheden voor de ondernemer die niet failliet wil, maar ook niet meteen wil verzoeken om toelating tot de Wsnp?

*Theo Pourw**

1. De aanvraag van het faillissement van een ondernemer en de artikelen 3 en 3a Fw

Wanneer het faillissement van een natuurlijk persoon wordt aangevraagd en hij geen verzoek heeft gedaan om te worden toegelaten tot de schuldsaneringsregeling, schrijft artikel 3 Fw voor dat de griffier van de rechtbank hem per brief laat weten dat hij binnen veertien dagen na de dag van verzending van die brief alsnog een dergelijk verzoek kan doen. Deze termijnstelling is door de wetgever bedoeld om te voorkomen dat er te lang onzekerheid blijft bestaan over de vraag of het nu tot een schuldsaneringsregeling of tot een faillissement komt. Omdat het voor de schuldenaar wiens faillissement is aangevraagd van het grootste belang is om tijdig een toelatingsverzoek tot de schuldsaneringsregeling te kunnen doen moest de brief door de griffier aangetekend met bericht van ontvangst te worden verstuurd (HR 12 oktober 2007, LJN BA7958).

Dat systeem bestaat echter niet meer, zodat tegenwoordig wordt volstaan met 'gewone' aangetekende verzending. Met behulp van 'track and trace' kunnen de postkamers van de gerechten vervolgens controleren of de brief van de griffier de schuldenaar heeft bereikt. Daarbij is het zaak dat ervoor wordt gezorgd dat er enig bewijs van aanbidding of ontvangst van het poststuk in het griffiedossier terecht komt. Track and trace is na enige tijd niet meer te raadplegen en zonder een dergelijk bewijsstuk staat de deur wijd open voor omzettingsverzoeken, die wegens verwijtbare overschrijding van de termijn van

artikel 3 Fw eigenlijk niet-ontvankelijk moeten worden verklaard, zoals bijvoorbeeld blijkt uit ECLI:NL:GHARL:2014:838.

Dient de schuldenaar inderdaad een toelatingsverzoek in, dan is er sprake van gelijktijdige aanhangigheid van dat verzoek met het verzoek tot faillietverklaring. Op grond van lid 2 van artikel 3 Fw wordt de behandeling van de faillissementsaanvraag dan van rechtswege geschorst totdat de termijn van twee weken is verstreken. Die behandeling blijft geschorst, totdat onherroepelijk is beslist op het toelatingsverzoek en wanneer dat wordt toegewezen, blijft de faillissementsaanvraag verder buiten behandeling.

Dat het in artikel 3 Fw niet gaat om een fatale termijn blijkt uit HR 6 april 2007, LJN AZ7774. Zolang het faillissement niet is uitgesproken kan verzocht worden om toelating tot de schuldsaneringsregeling. Er zijn zelfs beslissingen bekend, waarbij het toelatingsverzoek mondeling werd gedaan tijdens de zitting, die was bepaald voor de behandeling van de faillissementsaanvraag. Na afwijzing van een faillissementsaanvraag door de rechtbank kan ook wanneer het hof een eventueel hoger beroep van de aanvrager behandelt nog om toelating tot de schuldsaneringsregeling worden verzocht. Kort gezegd komt het hierop neer dat toelating tot de schuldsaneringsregeling kan worden verzocht zolang er geen faillissement is uitgesproken.

2. Artikel 15b Fw beperkt de mogelijkheden om verweer te voeren

Komt er toch een faillissement dan kan op grond van het bepaalde in artikel 15b Fw omzetting worden verzocht in schuldsanering. In de kern komt het systeem van artikel 15b Fw erop neer dat iemand die aangifte heeft gedaan van zijn eigen faillissement ruim de tijd heeft om omzetting te vragen, te weten tot

de verificatievergadering of totdat de rechter-commissaris heeft beslist dat er versneld moet worden afgewikkeld. Na faillietverklaring op verzoek van een schuldeiser echter moet beoordeeld worden of de schuldenaar er geen verwijt van valt te maken dat hij niet binnen de termijn van twee weken na ontvangst van de brief van de griffier heeft verzocht om te worden toegelaten tot de schuldsaneringsregeling. Wanneer nu het faillissement wordt aangevraagd van iemand die (nog) een onderneming drijft - en met de toename van het aantal zzp-ers zal dat steeds vaker voorkomen - is die ondernemer bijna gedwongen om meteen een verzoek te doen om te worden toegelaten tot de schuldsaneringsregeling. Doet hij dat niet, dan loopt hij het risico dat hij na zijn eventuele faillietverklaring geen beroep meer kan doen op artikel 15b Fw. Op dit moment is het dus zo dat iemand met een 'lopende' onderneming, die serieus meent dat hij niet verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen, niet echt voluit verweer kan voeren tegen de faillissementsaanvraag zonder zijn kans op een latere omzetting in schuldsanering in gevaar te brengen. Bovendien erkent de ondernemer door toelating tot de schuldsaneringsregeling te verzoeken in feite dat hij verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen en is hij 'rijp' voor faillietverklaring. Hoe effectief kan hij dan nog verweer voeren tegen de aanvraag van zijn faillissement?

3. Vereisten voor omzetting van het faillissement van een ondernemer in schuldsanering

De kans dat het uitdraait op een faillissement is dus levensgroot zeker wanneer men zich realiseert wat een ondernemer allemaal moet doen om voor toelating tot de schuldsaneringsregeling in aanmerking te komen. Eerst en vooral moet hij een minnelijk traject hebben doorlopen, waarin hij een poging heeft gedaan om met zijn schuldeisers tot een regeling te

komen. Pas wanneer dat traject is mislukt, kan toelating tot de schuldsaneringsregeling worden verzocht, mits de in artikel 285 lid 1 onder f bedoelde 'met redenen omklede verklaring' voorhanden is waarom er geen reële mogelijkheden zijn om tot een minnelijke regeling te komen. Een dergelijk traject wordt meestal begeleid door een Gemeentelijke Kredietbank, maar in het algemeen zijn deze zaken te moeilijk of te bewerkelijk voor de Kredietbanken. Bovendien nemen zij een zaak van een ondernemer meestal niet in behandeling, totdat de ondernemer zijn onderneming heeft gestaakt. Verweer voeren tegen een faillissementsaanvraag hoeft dan natuurlijk al helemaal niet meer.

Sinds HR 5 november 2010, LJN BN8056 en BN8060 mag ook iemand die valt onder artikel 48 lid 1 sub c van de Wet op het Consumentenkrediet, dat wil zeggen iemand die zich tegen betaling mag bezighouden met schuldbemiddeling, bijvoorbeeld een advocaat, een wsnp-bewindvoerder, een professionele beschermingsbewindvoerder of een accountant, een minnelijk traject begeleiden. De Hoge Raad oordeelde in r.o 3.3.3: *'Een redelijke wetstoepassing brengt mee dat aanvaard wordt dat de verklaring als bedoeld in art. 285 lid 1, onder f, ook kan worden afgegeven door de personen, bedoeld in art. 48 lid 1, onder c, Wck.'* In de praktijk valt op dat met name veel advocaten daarvan niet op de hoogte zijn. Dat het begeleiden van een minnelijk traject makkelijker lijkt dan het is, blijkt onder meer uit de conclusies van A-G Wuisman en A-G Timmerman in resp. ECLI:NL:PHR:2013:120 en ECLI:NL:PHR:2013:1903 (randnummers 2.3 e.v. van beide conclusies).

Loopt de poging om met de schuldeisers tot een regeling te komen op niets uit, dan moet de in artikel 285 Fw voorgeschreven verklaring, waarin zo ongeveer de complete financiële doopceel van de ondernemer moet

worden toegewezen en blijft het verzoek tot faillietverklaring verder buiten behandeling.

Voor deze opvatting voert A-G Wuisman de volgende argumenten aan. In de eerste plaats wordt in artikel 3a Fw niet gesproken over het maken van een voorbehoud in vorenbedoelde zin. Het wordt echter ook niet uitgesloten en uit de parlementaire geschiedenis van artikel 3a Fw blijkt niet dat de wetgever bedoeld zou hebben om het maken van een voorbehoud uit te sluiten. In de parlementaire stukken wordt uitsluitend aandacht besteed aan de gelijktijdige aanhangigheid en hoe daarmee moet worden omgegaan.³ Het strijdt daarom volgens de A-G ook niet met de strekking van die bepaling

‘die bedoeld is om de schuldenaar van wie het faillissement is aangevraagd ter wille te zijn door hem de mogelijkheid te bieden om tot gecontroleerde afwikkeling van zijn schulden te komen in het kader van een schuldsaneringsregeling in plaats van in het kader van een faillissement’.

Daarom is er in de visie van A-G Wuisman:

‘voldoende reden en ruimte om te aanvaarden dat aan lid 2 van artikel 3a Fw een toepassing kan worden gegeven in die zin dat de daarin voorziene opschorting ook naar aanleiding van een daartoe strekkend voorbehoud van de schuldenaar op een later moment kan plaatsvinden dan op het moment waarop de situatie van het gelijktijdig aanhangig zijn van een verzoek tot toelating tot de schuldsaneringsregeling en de aanvraag van een faillissement ontstaat’.

Voor het geval zijn argumentatie niet zou opgaan, bepleit Wuisman nog een alternatief voor de ondernemer/schuldenaar die zich toch eerst wil verweren tegen de aanvraag van zijn faillissement, voordat hij om toelating tot de schuldsaneringsregeling verzoekt. Op de me-

dedeling van de griffier ex artikel 3 Fw dat binnen een termijn van veertien dagen toelating kan worden verzocht tot de schuldsaneringsregeling reageert de schuldenaar niet en beperkt zich tot het voeren van verweer tegen de aanvraag van zijn faillissement. Doet hij dat niet met succes, dan wordt hij failliet verklaard. Als hij vervolgens toch tot de schuldsaneringsregeling wil worden toegelaten, zal hij een beroep moeten doen op artikel 15b Fw en omzetting van zijn faillissement in een schuldsaneringsregeling moeten verzoeken. Om dat met succes te kunnen doen, is het noodzakelijk dat het niet eerder verzocht hebben om die toelating hem niet kan worden toegerekend. Dit bepaalt artikel 15b Fw immers voor de schuldenaar van wie het faillissement is aangevraagd door een schuldeiser. In dat geval heeft de schuldenaar de artikel 3-brief van de griffier ontvangen, waarin de hiervoor genoemde termijn van veertien dagen is gesteld.

Bij de beoordeling van de al of niet verwijtbaarheid van het niet hebben ingediend van een toelatingsverzoek gaat het uitsluitend om omstandigheden die zich hebben voorgedaan binnen de in artikel 3 lid 1 Fw bedoelde termijn van veertien dagen. Wat zich na afloop van die termijn heeft voorgedaan blijft buiten beschouwing (HR 10 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS9036).

Wuisman meent dan dat er voldoende grond is om te oordelen dat het niet eerder verzocht hebben om toelating tot de schuldsaneringsregeling niet aan de schuldenaar moet worden toegerekend:

‘wanneer de schuldenaar in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen om eerst verweer tegen het aanvragen van zijn faillissement te voeren’.

Ter ondersteuning van zijn argumentatie wijst Wuisman nog op het feit dat een eis in reconventie in een dagvaardingsprocedure

(art. 136 Rv) ook voorwaardelijk kan worden ingesteld en een tegenverzoek in een verzoekschriftprocedure (art. 282 lid 4 Rv) voorwaardelijk kan worden gedaan.

5. Is het probleem met dit alternatief opgelost?

Vraag blijft in hoeverre de ondernemer, die zonder succes verweer heeft gevoerd tegen het faillissementsverzoek van een van zijn schuldeisers en na faillietverklaring omzetting in schuldsanering wil, is geholpen wanneer de Hoge Raad in voorkomend geval zou besluiten om de A-G te volgen in zijn redenering. Er is dan immers sprake van een faillissement en ook bij een omzettingsverzoek moet zijn voldaan aan alle toelatingsvoorwaarden van Titel III Fw.⁴

Door de Recofa-richtlijnen voor schuldsaneringen wordt het pakket toelatingsvoorwaarden van Titel III gelukkig enigszins verlicht. Die richtlijnen schrijven in 1.4 voor dat een curator in dergelijke gevallen verslag en advies uitbrengt aan de rechtbank. In dat verslag moet de curator in ieder geval inzicht geven in de schuldenpositie, de inkomsten, de vaste lasten en de persoonlijke omstandigheden van de gefailleerde, voor zover gegevens hierover voor de beslissing tot omzetting van belang zijn, alsmede zijn visie op de mogelijke toepasselijkheid van gronden die aan toelating tot de schuldsaneringsregeling in de weg staan. Daarnaast zegt het Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken in 3.2.1.2 (met verwijzing naar 3.1.2.6) dat bij een omzettingsverzoek het overleggen van de in artikel 285 opgesomde stukken, waaronder de met redenen omklede verklaring van artikel 285 lid 1 sub f, achterwege kan blijven en kan worden vervangen door het openbare verslag van de curator, aangevuld met zijn schriftelijke advies over de omzetting. Op dit punt sluiten de Recofa-richtlijnen en het Procesre-

glement naadloos op elkaar aan. Wanneer de curator hier serieus werk van maakt, kan zijn verslag gezien worden als vervanging van de 285-verklaring, die daarmee dan overbodig is. Vooral bij lege boedels echter lijken curatoren geneigd om zich daar wel erg makkelijk vanaf te maken. Als dan bijvoorbeeld een schuldenoverzicht ontbreekt of niet compleet blijkt te zijn, kan de rechter zich geen oordeel vormen over de goede trouw van de schuldenaar bij het ontstaan of onbetaald laten van zijn schulden en is het omzettingsverzoek al bijna kansloos.

Waarom in de jurisprudentie ook bij omzettingsverzoeken op grond van artikel 15b Fw toch zo strikt wordt vastgehouden aan de eis van het doorlopen hebben van een minnelijk traject is onduidelijk. A-G Wuisman stelt in randnummer 2.3 van zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2013:BZ9955) voor het arrest van de Hoge Raad van 28 juni 2013 (ECLI:NL:HR:2013:48), waarin de A-G wordt gevolgd, dat ook bij een omzettingsverzoek op grond van artikel 15b Fw moet zijn geprobeerd om tot een minnelijke regeling te komen met de schuldeisers, wil een omzettingsverzoek kans van slagen hebben. Over hoe dat precies moet, bestaat alleen maar onduidelijkheid, maar in de meeste gevallen zal ook bij een omzettingsverzoek geëist worden dat een minnelijk traject is doorlopen, waarna - bij het mislukken daarvan - een met redenen omklede verklaring moet worden overgelegd waarom dat zo is.⁵ Dat over de juistheid van deze benadering de nodige twijfel bestaat blijkt onder meer uit het arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden van 2 oktober 2014. Het Hof maakt daarin het voornemen kenbaar om over deze materie prejudiciële vragen voor te leggen aan de Hoge Raad (ECLI:NL:GHARL:2014:7567).

De hiervoor geciteerde zienswijze van A-G Wuisman biedt de schuldenaar wel meer tijd om zijn omzettingsverzoek met medewerking van de curator en eventueel andere hulpverle-

ners zodanig voor te bereiden en te onderbouwen, dat het een kansrijk verzoek wordt. Met toepassing van alleen de artikelen 3a en 15b Fw is dat een bijna onmogelijke zaak. Er zijn rechtbanken die bij een faillietverklaring aan de schuldenaar meedelen dat altijd omzetting verzocht kan worden.⁶ Wanneer die schuldenaar dan later bij dezelfde rechtbank een omzettingsverzoek indient, kan dat bezwaarlijk worden afgewezen, omdat hij heeft verzuimd binnen twee weken na de brief van artikel 3a Fw toelating tot de schuldsaneringsregeling te verzoeken. De rechtbank handelt daarmee echter contra legem.

6. Verruim de toepasselijkheid van artikel 15b lid 1 Fw

Het zou eenvoudiger en duidelijker zijn wanneer het in artikel 15b Fw gemaakte onderscheid tussen faillietverklaring op eigen aangifte en op aanvraag van een schuldeiser wordt losgelaten. Tot de verificatievergadering of een beschikking ex artikel 137a Fw kan dan elke gefailleerde omzetting van zijn faillissement in schuldsanering verzoeken. Voor het in artikel 15b lid 1 gemaakte onderscheid zijn in de parlementaire stukken geen steekhoudende argumenten te vinden en afschaffing daarvan biedt een ondernemer die serieus en voluit verweer wil voeren tegen een aanvraag van zijn faillissement de mogelijkheid om dat te doen zonder zichzelf de weg naar de schuldsaneringsregeling te versperren. Op een uitspraak van de Hoge Raad over de toch enigszins risicovolle benadering van A-G Wuisman hoeft dan niet meer te worden gewacht.

** Deze bijdrage is geschreven op persoonlijke titel.*

- 1 *Zie over deze problematiek D. van der Meer, Retentierecht op administratie, WP 2012/1, p. 5-9.*
- 2 *ECLI:NL:PHR:2014:106, randnummer 2.9.*
- 3 *TK, 1992/1993, 22969, nr. 3 (MvT), p. 29-30.*
- 4 *TK, 1992/1993, 22969, nr. 3 (MvT), p. 31.*
- 5 *Zie over dit dilemma ook H. de Coninck-Smolters elders in dit nummer.*
- 6 *Zie bijvoorbeeld ECLI:NL:RBARN:2007:BB6630 en ECLI:NL:RBROT:2008:BC5192.*

27 - Afkoop van een levensverzekering in faillissement en schuldsanering in de jurisprudentie (I)

Berend Engberts

**Hof Arnhem 16 oktober 2012 LJN BY0621
Rechtbank Rotterdam van 11 mei 2012,
LJN BW7584
Rechtbank Oost-Brabant 1 februari 2013,
LJN BZ0566**

1. Inleiding

In deze tweedelige bijdrage zal ik vijf tamelijk recente uitspraken over afkoop van een levensverzekering bespreken. Over de afkoop van levensverzekeringen valt veel te zeggen. De vijf uitspraken betreffen enkele aspecten van deze materie. Ik zal ter introductie eerst een korte schets van de regelingen betreffende afkoop van levensverzekeringen geven. Voor meer informatie verwijs ik naar een overzichtsartikel dat enkele jaren geleden is verschenen in dit tijdschrift (Marjolein Groothedde – Afkoop van levensverzekeringen WP 2010/3 p. 7) en een wat diepgravender artikel van mr. De Waele en mijzelf in Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventiepraktijk in 2011. Dit artikel zal binnenkort worden geplaatst op de website van Wsnp Periodiek.¹ Ten slotte is op de website van de belastingdienst veel nuttige informatie over afkoop van levensverzekeringen te vinden.

2. Afkoop levensverzekering in een notendop

Een levensverzekering is de in verband met het leven of de dood gesloten sommenverzekering (art. 7:975 BW).² Met sommenverzekering wordt bedoeld dat onverschillig is of en in hoeverre met de uitkering schade wordt vergoed. Degene die de verzekeringsovereenkomst aangaat is de verzekeringnemer. De persoon op

wiens leven de verzekering betrekking heeft is de verzekerde. Dat kan de verzekeringnemer zelf zijn, maar dat hoeft niet. De begunstigde is degene die is aangewezen als de gerechtigde op uitkering op grond van de overeenkomst.

Twee andere termen zijn bij levensverzekering nog van belang. Dit is de lijfrente of lijfrenteverzekering en de koopsompolis. De lijfrente is het van het in leven zijn van één of meer personen afhankelijke recht op een periodieke uitkering in geld (art. 7:990 BW). De lijfrenteverzekering is een levensverzekering waarvoor één of meermaals premie wordt betaald en waarbij een lijfrente wordt bedongen. De lijfrenteverzekering wordt onderscheiden in een opbouwfase waarin het kapitaal wordt opgebouwd en een afbouwfase waarin het kapitaal wordt gebruikt voor een uitkering in (bijvoorbeeld maandelijkse) termijnen. Als bij een levensverzekering sprake is van een eenmalige premiebetaling noemen we dit een koopsompolis (een polis is het stuk waarin de verzekeringsovereenkomst is vastgelegd).

Levensverzekeringen kunnen worden afgekocht (art. 7:978 BW). Afkoop houdt in dat de verzekeraar zijn uitkeringsverplichting afkoopt door een bepaald bedrag uit te keren aan de verzekeringnemer, waarna de verzekering vervalt. Alleen de levensverzekering die stellig tot uitkering leidt, kan worden afgekocht. Met 'stellig tot een uitkering leiden' wordt bedoeld dat de verzekeraar bij (onafgebroken) premiebetaling op enig moment gehouden is tot uitkering en er een zekere waarde-opbouw plaatsvindt. Een 'kale' overlijdensrisicoverzekering keert bijvoorbeeld alleen uit als de verzekerde voor de in de overeenkomst genoemde datum overlijdt. Er wordt bij deze verzekering geen 'waarde' opgebouwd. Deze levensverzekering kan daarom niet worden afgekocht. Een uitvaartverzekering kan soms worden afgekocht.³ Het recht op afkoop van de levensverzekering is echter nogal eens contractueel uitgesloten. In 7:986 lid 4

BW is in de eerste zin bepaald dat de curator of bewindvoerder zich niets van dat afkoopverbod hoeft aan te trekken. Hij kan als het ware een lange neus trekken naar die bepaling. De tweede zin van deze bepaling beperkt dat weer omdat daarin staat dat een afkoopverbod ook jegens de bewindvoerder geldt indien de te betalen premie fiscaal aftrekbaar (inkomstenbelasting) is of was. Het is daarvoor niet nodig dat betaalde premies in het verleden ook daadwerkelijk zijn opgevoerd als aftrekpost bij de aangifte inkomstenbelasting. De gedachte achter deze beperking van 'de lange neus' is dat het bij dergelijke polissen telkens gaat om levensverzekeringen die zijn afgesloten als oudedags- of nabestaandenvoorziening (appeltje voor de dorst). Immers een premie voor een dergelijke levensverzekering is slechts aftrekbaar indien sprake is van een pensioentekort (jaarruimte genoemd). In art. 1.7 Wet Ib 2001 is in de voor die wet geldende definitie van lijfrente – onder meer – vermeld dat de aanspraak op de lijfrent-uitkering niet kan worden afgekocht. Dit wordt ook wel het fiscaal afkoopverbod genoemd. De Faillissementswet bevat tevens een bepaling over de afkoop van de levensverzekering. In art. 22a Fw is namelijk – onder meer – bepaald dat het recht om een levensverzekering af te kopen buiten de boedel valt voor zover de begunstigde of verzekeringnemer door de afkoop onredelijk benadeeld wordt. Deze bepaling geldt (zie art. 313 Fw) ook in de schuldsaneringsregeling. Met deze bepaling is beoogd om levensverzekeringen die bedoeld zijn als oudedags- en/of nabestaandenvoorziening te beschermen. Gewone pensioenvoorzieningen, zoals bij pensioenfondsen opgebouwde pensioenrechten, blijven bij een faillissement of schuldsanering van de schuldenaar immers ook buiten schot. We zullen hierna zien dat er onduidelijkheid is over de verhouding tussen het fiscaal afkoopverbod enerzijds en art. 22a Fw anderzijds. Ook zal blijken dat het begrip 'onredelijk benadeeld' niet eenvoudig is in te vullen. Afkoop van een levensverzekering heeft grote fiscale conse-

quenties. Ten eerste wordt de afkoopwaarde – ervan uitgaande dat de premies destijds fiscaal zijn afgetrokken – bij het inkomen opgeteld. Ten tweede is over de afkoopwaarde in beginsel zogeheten revisierente van 20% verschuldigd. Revisierente is de vergoeding die betaald moet worden voor onterecht genoten belastingvoordeel in het verleden. De belastingdruk kan in totaal dus 52% plus 20%, zijnde 72%, bedragen.⁴ Uit de wetsgeschiedenis van art. 22a Fw blijkt niet dat die consequenties niet van belang zijn bij de beantwoording van de vraag of de afkoop onredelijk benadelend is. In de jurisprudentie blijkt dit evenmin.

Tot slot enkele opmerkingen over de procedure. De procedure bij afkoop van een levensverzekering is dat de curator of bewindvoerder daartoe toestemming vraagt aan de rechter-commissaris. Hij dient daarbij de nodige informatie te verstrekken opdat de rechter-commissaris kan toetsen of de afkoop inderdaad niet onredelijke benadelend is. Marjolein Groothedde heeft in haar artikel in dit tijdschrift (zie par. 1) opgesomd om welke informatie het in beginsel gaat. Van de beslissing van de rechter-commissaris kunnen hetzij de gefailleerde of schuldenaar (toestemming wordt gegeven) of de curator of bewindvoerder (toestemming wordt geweigerd) binnen vijf dagen in beroep bij de rechtbank (art. 67 Fw). Deze korte termijn begint blijkens jurisprudentie te lopen op het moment dat de betrokkene op de hoogte is gesteld van de beslissing/beschikking.

Schuldeisers kunnen niet in beroep van de beslissing van de rechter-commissaris. Wel kunnen zij de rechter-commissaris ex art. 69/317 Fw vragen om de curator of bewindvoerder te bevelen tot uitwinning van dit vermogensbestanddeel (het recht op afkoop) over te gaan. Verdere rechtsmiddelen laat ik (dat past niet in de notendop) buiten beschouwing.

3. Toestemming van de rechter-commissaris geeft niet per se recht op afkoop – Hof Arnhem 16 oktober 2012 LJN BY0621

In de zaak die leidde tot het arrest van Hof Arnhem 16 oktober 2012 had de rechter-commissaris toestemming gegeven voor de afkoop van een levensverzekering (lijfrentepolis). Gefailleerde had deze lijfrentepolis afgesloten bij of met Nationale Nederlanden. In de desbetreffende polis was een afkoopverbod opgenomen. Nationale Nederlanden weigerde daarom tot afkoop over te gaan. De curator heeft toen Nationale Nederlanden in kort geding gedagvaard en gevorderd dat de afkoopsom wel zou worden betaald. De Rechtbank Almelo had de vordering van de curator afgewezen omdat niet was gebleken van toestemming van de rechter-commissaris ex art. 22a Fw. In hoger beroep bleek dat de toestemming inmiddels wel was gegeven. Toch werd het vonnis van de Rechtbank Almelo bekrachtigd. Het hof overwoog daartoe dat de premies voor de lijfrentepolis, mede op de grond dat de verzekering bepaalt dat zij niet kan worden afgekocht, voor de heffing van de inkomstenbelasting in aanmerking konden worden genomen zoals bedoeld in artikel 7:986 lid 4, laatste volzin BW. Dit betekent dat, anders dan is bepaald in artikel 7:986 lid 4, eerste volzin, BW, de contractuele uitsluiting van het afkooprecht ook aan de curator kan worden tegengeworpen. Dat de gefailleerde de ter zake betaalde premies niet daadwerkelijk bij zijn aangifte inkomstenbelasting in aftrek heeft gebracht op zijn inkomen, doet aan de aard van de verzekering en de toepasselijkheid van artikel 7:986 lid 4, laatste volzin, BW niet af. Het hof overwoog vervolgens dat het door de curator gedane beroep op artikel 22a Fw niet opging. Art. 22a Fw heeft namelijk niet de strekking om de bevoegdheden van de curator uit te breiden maar juist om de mogelijkheid om bestaande bevoegdheden uit te oefenen te beperken, en afhankelijk te maken van toestemming door de rechter-commissaris. Een op grond van artikel

22a Fw gegeven toestemming door de rechter-commissaris om tot afkoop over te gaan, creëert voor de curator daarom, aldus het hof, geen bevoegdheid die hem op grond van het in de polisvoorwaarden opgenomen afkoopverbod niet toekomt.

Het oordeel van het hof lijkt te betekenen dat een niet-afkoopbare levensverzekering die tot uitkering leidt en die hoger is dan de begunstigde nodig heeft, niet kan worden uitgewonnen. De vraag rijst of dat niet te zeer in strijd is met de regel dat schuldeisers zich op het hele vermogen van hun schuldenaar kunnen verhalen? Slechts indien een verzekeringsovereenkomst is gesloten met de bedoeling om vermogen aan de boedel te onttrekken zou de curator of bewindvoerder de overeenkomst kunnen vernietigen op grond van faillissementspauliana.⁵

4. Valt 'vrijgevallen' bedrag voor aankoop lijfrente in de boedel? – Rb. Rotterdam van 11 mei 2012, LJN BW7584

In de zaak die leidde tot de (tussen)uitspraak van de Rechtbank Rotterdam, had de rechter-commissaris op 13 maart 2012 aan twee schuldenaren bericht dat zij had besloten tot volledige afkoop van de lijfrentekoopsompolis, afgesloten bij de Rabobank. Een verzoek van de schuldenaren tot herroeping of intrekking van dat besluit werd afgewezen. Schuldenaren zijn vervolgens in hoger beroep gekomen van de beide besluiten. Zij voerden daartoe aan dat de door de rechter-commissaris beoogde afkoop voor hen onredelijk benadelend is in de zin van art. 22a Fw zodat het recht tot afkoop buiten de boedel valt. In reactie hierop heeft de rechter-commissaris zich op het standpunt gesteld dat geen sprake is van afkoop in de zin van artikel 22a Fw omdat de lijfrentekoopsompolis (ad € 25.481,00) - na een klaarblijkelijke verlenging in december 2011 - is vrijgevallen op 17 februari 2012. De beschikking d.d. 13 maart 2012 was

volgens de rechter-commissaris gegeven voor het geval geoordeeld zou worden dat er wel sprake is van een afkoop in voornoemde zin. Voor dat geval stelde de rechter-commissaris zich op het standpunt dat deze niet onredelijk benadelend is. De bewindvoester heeft zich verenigd met het standpunt van de rechter-commissaris maar zich wel op het standpunt gesteld dat sprake is van afkoop.

De rechtbank stelde eerst vast dat het genoemde bedrag uitsluitend kan worden gebruikt voor de aankoop van een of meerdere lijfrentes en geen aanspraak geeft op een uitkering in contanten. Dat – zoals de Rabobank aangaf – een uitkering (aan de bewindvoerder) onder de oude polis wel mogelijk was, deed voor de rechtbank aan het voorgaande niet af. Daarom rees de vraag of afkoop van de levensverzekering wel mogelijk is; de gegeven toestemming is daarvoor niet beslissend. Omdat dat niet zeker is werd de bewindvoerder in de gelegenheid gesteld nader te motiveren op grond waarvan de door haar voorgestane afkoop mogelijk is. De vervolgbeslissing is helaas niet gepubliceerd.

Uit deze uitspraak blijkt dat de opbouwfase van de lijfrenteverzekering ten einde was gekomen en dat de afbouwfase intrad. Waarschijnlijk is afkoop niet mogelijk omdat de premies voor de inkomstenbelasting in aftrek konden worden genomen. Indien de schuldsaneringsregeling nog loopt, kan de bewindvoerder wellicht wel bepalen dat de lijfrente in zo kort mogelijke tijd (in twee termijnen van elk een jaar) wordt uitgekeerd. Op die manier kan de waarde van levensverzekering vrijwel geheel in de boedel vallen. Dit lijkt mij, gelet op het doel en de strekking van art. 22a Fw, slechts mogelijk indien de schuldenaar daardoor niet onredelijk wordt benadeeld in de zin van die bepaling. Hierover is mij – buiten de hierna te bespreken uitspraak van Rechtbank Oost-Brabant – geen rechtspraak bekend.

5. Afkoop door bewindvoerder ondanks fiscaal afkoopverbod? - Rb. Oost-Brabant 1 februari 2013, LJN BZ0566

Deze zaak betrof een schuldsaneringsregeling van een man en een vrouw. De man had in het verleden een levensverzekering afgesloten. Hij was zelf begunstigde. De rechter-commissaris gaf toestemming tot afkoop van deze verzekeringspolis. In beroep bij de rechtbank betoogden de man en de vrouw dat sprake was van een contractueel afkoopverbod en dat zij onredelijk zouden worden benadeeld door de afkoop.

De rechtbank overwoog allereerst dat een fiscaal afkoopverbod niet betekent dat afkoop niet mogelijk is. De voorwaarden voor rechtsgeldige afkoop zijn, aldus de rechtbank, een zaak van het verbintenissenrecht en niet van de fiscaliteit. De rechtbank verwees daarbij naar *Kamerstukken II 2008/09, 31 704, 8, p. 58*. De bewindvoerder kan, ondanks het fiscaal afkoopverbod, toch tot afkoop overgaan.

De rechtbank concludeerde vervolgens dat afkoop van de levensverzekering onredelijk benadelend is. Daartoe werd eerst vastgesteld dat de in 2009 afgesloten levensverzekering een verzorgingskarakter heeft omdat deze diende ter vervanging van een effectenrekening die 10 of 15 jaar daarvoor ten behoeve van de man en de vrouw als pensioenvoorziening was geopend. Ten gevolge van het dalen van aandelenkoersen was deze pensioenvoorziening echter aan waardevermindering onderhevig. Daarnaast waren de man en de vrouw financieel niet meer in staat om te voldoen aan de voorwaarde jaarlijks een bedrag van in totaal € 3.000,00 op de effectenrekening te storten. Teneinde de waarde en continuïteit van de pensioenvoorziening veilig te stellen, heeft de man bij de Rabobank de levensverzekering afgesloten.

Uit het vervolg van de uitspraak, geheel duidelijk is dit niet, kan worden afgeleid de levensverzekering een lijfrente betrof die tot uitkering zou komen, welke uitkeringen voor een belangrijk deel moesten worden afgedragen aan de boedel (totaal € 3.176,10 tegenover een netto afkoopwaarde van € 5.550,16) omdat de schuldsaneringsregeling nog 18 maanden zou 'lopen'. Vervolgens heeft de bewindvoerder blijkbaar de termijnen van de lijfrente veranderd waardoor geen € 275,- maar € 400,- per maand zou worden uitgekeerd (gedurende vijf jaar). Hierdoor zou in totaal € 5.412,14 worden afgedragen (in 18 maanden). De rechtbank overwoog vervolgens dat de schuldeisers nauwelijks benadeeld werden door het niet-afkopen van de levensverzekering (netto afkoopwaarde € 5.550,16 versus € 5.412,14), terwijl de uitkeringen aan de schuldenaren na verkrijging van de schone lei nog zouden doorlopen. Geheel duidelijk is dit niet omdat bij de tweede berekening een maandelijkse uitkering van de Stichting bedrijfstak pensioenfonds wordt genoemd. Toch moet ervan uitgegaan worden dat de bewindvoerder de duur van de lijfrente uitkering heeft ingekort omdat de rechtbank tot slot overweegt: *"De rechtbank gaat er daarbij wel vanuit dat bewindvoerder met toestemming van de rechter-commissaris met de Rabobank overeen zal komen dat de volledige inleg van de lijfrenteverzekering wordt uitgekeerd in gelijke maandelijkse termijnen gedurende een periode van vijf jaar met ingang van februari 2013."*

Het lijkt mij juist dat het fiscale afkoopverbod van art. 1.7 Wet IB niet van belang is voor de vraag of de curator een levensverzekering kan afkopen. Indien echter sprake is van een contractueel afkoopverbod, zoals werd gesteld, en de premies zijn 'aftrekbaar' voor de inkomstenbelasting, valt niet in te zien dat afkoop toch mogelijk is (zie art. 7:986 lid 4 tweede volzin BW). Indien de verzekeraar desondanks bereid is tot afkoop over te gaan, komt de bewindvoerder voor een dilemma te staan. Ik zou

menen dat afkoop dan wel mogelijk is, mits die afkoop niet onredelijk benadelend is voor de schuldenaar. De belangen van de schuldeisers brengen dit met zich mee. Dit komt terug in een uitspraak die in deel II van dit artikel zal worden besproken (Rb. Oost-Brabant 8 februari 2013, LJN BZ1801).

De rechtbank oordeelt dat afkoop onredelijk benadelend is. De daarop volgende overwegingen lijken mij daarom ten overvloede gegeven, maar duidelijk is dit niet. Interessant is wel dat als de opbouwfase tijdens de schuldsaneringsregeling eindigt de bewindvoerder – in de visie van de rechtbank – nog wel 'aan de knoppen' zit of kan zitten waar het gaat om de duur (en dus de hoogte) van de met het kapitaal opgebouwde te kopen lijfrente.

6. Slot

In deel II zullen nog besproken worden Rb. Oost-Brabant 8 februari 2013, LJN BZ1801 (geldt het fiscaal afkoopverbod ook voor 'oude' levensverzekeringen?) en Rb. Haarlem 29 april 2011, LJN BQ4139 (afkoop onredelijk benadelend?). Tevens zal een samenvattende analyse van de vijf uitspraken worden gegeven.

- 1 De Waele & Engberts, 'De levensverzekering in faillissement', *Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventiepraktijk*, 2011/3, p. 76 e.v.
- 2 Een ongevallenzekerheid wordt niet als een levensverzekering beschouwd, art. 7:975 BW.
- 3 Een natura-verzekering kan in geen geval worden afgekocht.
- 4 Er zijn mogelijkheden om deze belastingdruk te verlagen en in sommige gevallen hoeft geen revisierente te worden betaald. Zie nader het artikel genoemd in noot 1.
- 5 Zie ook in die zin ook de noot bij deze uitspraak van A.J. Verdaas in de JOR (JOR 2013/82), verwijzend naar Kamerstukken II 22 969, nr. p. 7 en Kamerstukken I 22 969, nr. 297, p. 3.

28 - De looptijd van de schuldsaneringsregeling na voorafgaand faillissement

Eva Timmermans

Rechtbank Den Haag 27 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7671

1. Inleiding

In de wet staat dat de termijn van de schuldsaneringsregeling drie jaar bedraagt, te rekenen van de dag van de uitspraak tot toepassing van de schuldsaneringsregeling (art. 349a Fw). Daar zijn echter veel uitzonderingen op mogelijk, in de vorm van verkorting of verlenging van die termijn en daar weer allerlei varianten op. Over de termijn van de schuldsaneringsregeling is al veel geschreven, onder andere in de eerste editie van Wsnp Periodiek van dit jaar. En gezien de prejudiciële vragen over verlenging van de termijn van de schuldsaneringsregeling die onlangs door de Hoge Raad zijn beantwoord (ECLI:HR:2014:2935) is dit onderwerp ook nog niet uitgeput. Over die prejudiciële beslissing overigens ongetwijfeld meer in het volgende nummer van Wsnp Periodiek. In dit artikel ga ik dieper in op de uitspraak die op 27 mei 2014 werd gedaan door Rechtbank Den Haag. Daarin ging het over een, na omzetting van het faillissement in een schuldsaneringsregeling, door schuldenaar gedaan verzoek tot verkorting van de looptijd van de schuldsaneringsregeling.

2. De feiten

Op 20 februari 2014 is de schuldsaneringsregeling uitgesproken ten aanzien van schuldenaar X, dit onder opheffing van zijn faillissement dat op 18 oktober 2011 werd uitgesproken. Op 2 april 2014 verzocht deze schuldenaar aan de rechter-commissaris om zijn schuldsaneringsregeling te verkorten met de duur van de periode dat hij

in staat van faillissement heeft verkeerd – dat is bijna 28 maanden. De rechter-commissaris heeft dat verzoek echter afgewezen, tegen welke afwijzing op grond van artikel 315 lid 1 Fw hoger beroep open staat. Schuldenaar komt van deze beslissing tijdig in beroep bij Rechtbank Den Haag. Hij verzoekt alsnog verkorting van de looptijd van zijn schuldsaneringsregeling met het aantal maanden dat hij in staat van faillissement heeft verkeerd. Ter terechtzitting heeft schuldenaar naar voren gebracht dat zonodig ook kan worden gedacht aan verkorting met een kortere periode. Reden waarom hij meent in aanmerking te kunnen komen voor verkorting, is het feit dat hij gedurende de periode van het faillissement het inkomen boven vtlb heeft afgedragen aan de curator.

3. Verkorting looptijd niet zonder meer

De rechtbank is van oordeel dat een periode waarin gedurende het faillissement aan de faillissementsboedel is afgedragen, niet zonder meer dient te leiden tot verkorting van de looptijd van de schuldsaneringsregeling met een gelijke periode. De rechtbank neemt tot uitgangspunt dat het verkorten van de looptijd een discretionaire bevoegdheid van de rechter-commissaris is. De belangen van de schuldeisers om zoveel mogelijk van hun schulden betaald te krijgen, dienen te worden afgewogen tegen het belang van de schuldenaar om zo snel mogelijk een schone lei te krijgen. Deze belangenafweging is in de rechtspraak al eerder naar voren gekomen, onder andere in een arrest van de Hoge Raad van 13 september 2013 (ECLI:NL:HR:2013:699, NJ 2013/447).

In die zaak (bij de Hoge Raad) ging het om een omzetting van een tweetal faillissementen in schuldsaneringsregelingen op de voet van artikel 15b Fw. In het verzoek tot omzetting was naast dat omzettingsverzoek ook direct het verzoek gedaan om de termijn van de regeling te verkorten met de periode waarin verzoekers

gedurende het faillissement hun inkomen boven vtlb aan de boedel hadden afgedragen. Het verzoek tot omzetting is vervolgens door de rechtbank gehonoreerd, waarbij de termijn van de regelingen door de rechtbank is gesteld op de reguliere drie jaren, te rekenen vanaf de datum van het vonnis. Verzoekers hebben zich in de vaststelling van die termijn niet kunnen vinden en zijn in hoger beroep gegaan. Het hof heeft het hoger beroep echter verworpen met het oordeel dat enerzijds het bestreden vonnis berust op art. 15b jo. 284 Fw, waartegen gezien artikel 15c Fw geen hoger beroep open staat en anderzijds dat van schending van een fundamenteel rechtsbeginsel - waarop appellanten zich beriepen - ook geen sprake is. Ten overvloede overweegt het hof dat de rechtbank de haar op grond van artikel 1.7 van de Recofa Richtlijnen toekomstige discretionaire bevoegdheid om de duur van de schuldsaneringsregeling te verkorten op een juiste wijze heeft toegepast omdat de belangen van de schuldeisers in deze zaak dienen te prevaleren boven het belang van verzoekers om zo snel mogelijk een schone lei te krijgen. Ook bij het hof vingen zij dus bot. Reden voor verzoekers om in cassatie te gaan.

De Hoge Raad oordeelt over het antwoord op de vraag of er nou wel of geen rechtsmiddel open stond tegen de beslissing van de rechtbank ten aanzien van de verzochte verkorting van de looptijd weliswaar anders dan het hof, maar doordat de beslissing van het hof wordt gedragen door de overweging ten overvloede - zie hierboven - laat de Hoge Raad het arrest van het hof in stand. Over deze uitspraak schreef Berend Engberts eerder al een lezenswaardig artikel in Wsnp Periodiek nummer 1 van dit jaar. Hoewel het in de kern om een andere kwestie gaat, komt ook de belangenafweging tussen schuldeisers en schuldenaar hier aan de orde en speelt het feit dat die belangenafweging door het hof werd gemaakt uiteindelijk voor de uitkomst van de procedure zelfs een cruciale

rol. Als het hof die overweging ten overvloede achterwege had gelaten, dan had de Hoge Raad het arrest van het hof mogelijk niet in stand kunnen laten.

4. Overwegingen van de rechtbank

Terug naar de uitspraak van de Rechtbank Den Haag over het verzoek tot verkorting van de looptijd. Hoe komt de rechtbank nu tot het oordeel dat de periode waarin gedurende het faillissement is afgedragen aan de faillissementsboedel niet zonder meer dient te leiden tot verkorting van de looptijd van de schuldsaneringsregeling met een gelijke periode?

Schuldenaar stelt dat hij sinds 18 oktober 2011 - vanaf het begin van het faillissement dus - voldoet aan de verplichtingen die voortvloeien uit het faillissement en de schuldsaneringsregeling en dat hij, indien hij op 18 oktober 2011 direct zou zijn toegelaten tot de schuldsaneringsregeling, deze regeling in beginsel op 18 oktober 2014 zou zijn geëindigd. Volgens hem valt niet in te zien waarom voor zijn schuldsaneringsregeling een langere looptijd (in de zin van 'langer dan tot 18 oktober 2014') zou moeten gelden. De rechtbank overweegt - mijns inziens terecht - dat de schuldsaneringsregeling aan de schuldenaar eigen verplichtingen oplegt. Daar waar die verplichtingen overeenstemmen met die in een faillissement, zijn de gevolgen van het al dan niet nakomen ervan in de schuldsaneringsregeling anders. De schuldsaneringsregeling is met name gericht op het verdienen van de schone lei, terwijl in een faillissement de nadruk ligt op vereffening van de boedel. Ook zijn de sancties op het niet nakomen van de verplichtingen, die door de rechtbank overigens niet worden besproken, anders. In geval van schuldsanering kan het niet nakomen van de verplichtingen immers leiden tot tussentijdse beëindiging. De schuldenaar krijgt dan geen schone lei en de toegang tot

de regeling wordt voor de duur van tien jaar geblokkeerd. Beëindiging van het faillissement zonder dat er een oplossing is gekomen voor de schulden - bijvoorbeeld in de vorm van een crediteurenakkoord of een omzetting in schuldsaneringsregeling - is evenzeer een vervelende situatie, maar op een schone lei was vanuit het faillissement bij voorbaat al geen zicht en ook wordt de schuldenaar de toegang tot de schuldsaneringsregeling niet ontzegd.

Verder neemt de rechtbank in aanmerking dat een regulier toelatingsverzoek voorafgegaan dient te worden door een minnelijk traject. Zo'n traject neemt doorgaans ook behoorlijk wat tijd in beslag en ook in die periode wordt, indien er sprake is van afdrachtcapaciteit, gespaard voor de schuldeisers. In de Recofa-richtlijnen artikel 1.7 onder c is uitdrukkelijk opgenomen dat de termijn van de schuldsaneringsregeling in beginsel *niet* wordt verkort indien voorafgaand aan de toelating langere tijd in een minnelijk traject of tijdens een moratorium is gespaard. De rechtbank ziet geen reden, althans daartoe zijn geen (voldoende) bijzondere omstandigheden aangevoerd, om anders te handelen nu aan de van toepassingverklaring van de schuldsaneringsregeling een faillissement is voorafgegaan.

5. Belangenafweging

Geen automatische verkorting dus, zo oordeelt de rechtbank. De belangen van de schuldeisers om zoveel mogelijk van hun schulden betaald te krijgen dienen te worden afgewogen tegen het belang van schuldenaar om zo snel mogelijk een schone lei te krijgen. De rechtbank verwijst daarbij naar artikel 1.7 van de Recofa-richtlijnen, naar ik aanneem naar hetgeen onder b is bepaald:

“De wettelijke termijn kan onder andere worden verkort, indien de schuldenaar in een aan de schuldsaneringsregeling voorafgaand faillissement

of voorafgaande surseance het meerdere boven het in de schuldsaneringsregeling geldende vrij te laten bedrag, aan de boedel heeft afgedragen.”

De omstandigheid dat gedurende het faillissement boven vtlb is afgedragen kan volgens de rechtbank mede een rol spelen in de beslissing omtrent verkorting van de termijn, maar is niet van doorslaggevende aard. Het nakomen van de met de faillissementsituatie verband houdende verplichtingen is immers niet meer dan het nakomen van uit de wet voortvloeiende verplichtingen en is derhalve op zich niet aan te merken als een bijzondere omstandigheid aan de zijde van de schuldenaar.

Voor wat betreft de belangen van de schuldeisers speelt een rol dat zij in beginsel recht hebben op betaling van 100% van hun vorderingen. Om die reden kunnen zij verlangen dat van de schuldenaar gedurende de schuldsaneringsregeling een zo groot mogelijke bijdrage en inspanning wordt geleverd. In onderhavige zaak is sprake van een aanzienlijke schuldenlast. Ook heeft de schuldenaar, zo heeft de bewindvoerder becijferd, een redelijke afdrachtmogelijkheid. De afdrachten gedurende het faillissement hebben, vanwege de faillissementskosten, niet geleid tot een boedelactief waaruit een noemenswaardige uitkering aan de schuldeisers mogelijk is. Bij handhaving van de driejaarstermijn voor de schuldsaneringsregeling zal - gezien de afdrachtcapaciteit van schuldenaar - een aanzienlijk deel van de schuldenlast kunnen worden voldaan, aldus de rechtbank. Een driejarige schuldsaneringsperiode zal naar verwachting leiden tot een vermeerdering van het voor uitdeling in aanmerking komende boedelactief van circa € 7.500, welk bedrag volgens de rechtbank terecht niet kan worden gekwalificeerd als een “verwaarloosbare meeropbrengst”.

Het belang dat de schuldenaar heeft bij verkorting van de schuldsaneringstermijn is in de eerste plaats het feit dat de verplichtingen die voortvloeien uit toepassing van de schuldsaneringsregeling korter duren en in de tweede plaats dat de schuldenaar sneller de schone lei verwerft.

De rechtbank komt, het bovenstaande overwegende, tot het oordeel dat de belangen van de schuldeisers bij handhaving van de driejaarstermijn zwaarder wegen dan het belang dat de schuldenaar heeft bij verkorting van die termijn. Schuldenaar heeft ook overigens geen feiten of omstandigheden gesteld die de rechtbank tot een ander oordeel brengen, zodat de rechtbank het verzoek tot verkorting afwijst en de bestreden beslissing van de rechter-commissaris bekrachtigt.

Hoofddregel is - zo blijkt uit deze uitspraak en zo volgt ook uit artikel 349a lid 1 Fw - dat een schuldsaneringsregeling gewoon drie jaar duurt, in welke periode de schuldenaar de gelegenheid krijgt de schone lei te verdienen door zich aan de uit de toepassing van de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen te houden. In de wet zijn diverse uitzonderingen gemaakt op deze hoofddregel. Denk onder andere aan artikel 349a lid 2 en 354a Fw. Ook in de Recofarichtlijnen wordt de mogelijkheid tot wijziging van de reguliere looptijd geboden, namelijk in het eerder genoemde artikel 1.7. Wanneer de schuldsanering is voorafgegaan door een minnelijk traject kan de looptijd in beginsel niet worden verkort, maar wanneer sprake is van een voorafgaand faillissement waarin het meerdere boven het vrij te laten bedrag aan de boedel is afgedragen, mogelijk wél.

In onderhavige zaak was sprake van een voorafgaand faillissement. De door schuldenaar gedane afdrachten gedurende de faillissementsperiode hebben, vanwege de faillissementskosten, niet geleid tot een

boedelactief waaruit een noemenswaardige uitkering aan de schuldeisers kon worden gedaan. Met andere woorden - althans, zo is mijn interpretatie - de afdrachten zijn opgegaan aan het salaris en de kosten van de curator. Dat schuldenaar heeft afgedragen is, zo oordeelde de rechtbank, niet van doorslaggevende aard want het afdragen op zich is niet aan te merken als een bijzondere omstandigheid maar geldt als het nakomen van een uit de wet voortvloeiende verplichting. Deze schuldenaar wenst thans verkorting van de termijn want, zo beargumenteert hij, zou hij op 18 oktober 2011 zijn toegelaten tot de schuldsaneringsregeling, dan zou die regeling in beginsel op 18 oktober 2014 zijn geëindigd. Hij ziet niet in waarom het nu allemaal nog drie jaar moet duren, te rekenen vanaf de dag van toepassing van de schuldsaneringsregeling. Hij voert mede aan dat hij in het kader van de behandeling van het faillissementsverzoek niet in kennis is gesteld van de in artikel 3 Fw bedoelde termijn van 14 dagen. In het artikel van Theo Pouw elders in deze editie, waarin hij schrijft over de mogelijkheden voor de ondernemer die niet failliet wil en die ook niet meteen wil verzoeken om toelating tot de Wsnp, komt dit onderwerp uitgebreider aan bod. De rechtbank meent dat in dit geval de schuldenaar onvoldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld op grond waarvan de rechtbank tot de slotsom kon komen dat, indien de schuldenaar wel was gewezen op die termijn van 14 dagen, dit in of omstreeks oktober 2011 reeds tot toepassing van de schuldsaneringsregeling zou hebben geleid.

Het zal ongetwijfeld vaker voorkomen - zo is in ieder geval mijn ervaring - dat het door de schuldenaar tijdens het faillissement gespaarde bedrag in meer of mindere mate opgaat aan faillissementskosten. Dit in tegenstelling tot zaken waarin het minnelijk traject niet is geslaagd waarna een verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsregeling is gedaan. Het

tijdens het minnelijk traject eventueel gespaarde saldo vloeit volledig de schuldsaneringsboedel in. In het licht van de belangen van de schuldeisers zijn mijns inziens die belangen met een minnelijk traject meer gediend dat met een voorafgaand faillissement. Waarom dan in het geval van een voorafgaand faillissement *wel*, en in het geval van een voorafgaand minnelijk traject *niet* een verkorting van de looptijd aan de orde kan zijn, is mij niet helder.

Daar komt bij dat de afdrachtplicht niet de enige verplichting is tijdens de schuldsaneringsregeling. Tijdens het faillissement geldt bijvoorbeeld geen arbeids- c.q. sollicitatieverplichting. Wat nou als een schuldenaar om verkorting van zijn schuldsanering vraagt, nadat hij in het faillissement op grond van de vtlb-berekening niet tot enige afdracht kon worden gehouden, maar wanneer hij zich wel aantoonbaar maximaal heeft ingespannen om een betaalde baan op de reguliere arbeidsmarkt te vinden? Komt deze schuldenaar dan toch in aanmerking voor verkorting van de looptijd? Ik kan mij overigens wel indenken dat een schuldenaar, op het moment dat hij de rechter-commissaris een verzoek om verkorting van de looptijd doet, aannemelijk moet maken dat hij of zij zich tot het uiterste heeft ingespannen om de opbrengst voor de schuldeisers te maximaliseren. En dat dan dus onder het nakomen van de schuldsaneringsverplichtingen gedurende het faillissement niet alleen de afdrachtverplichting, maar tevens de eventuele sollicitatieverplichting wordt begrepen.

De belangen van de schuldenaar en die van de schuldeisers botsen hier weer eens, aldus Geert Lankhorst.¹ Die belangen van de schuldeisers zijn duidelijk. En dat de schuldenaar een schone lei wil is ook duidelijk. De term 'belangenafweging' suggereert dat er situaties zijn waarin het belang van de schuldenaar bij verkorting zwaarder weegt. In welke situatie(s) zou dat dan zo zijn? Naar mijn mening dienen

de belangen van de schuldeisers om een zo groot mogelijk deel van hun vorderingen betaald te krijgen *altijd* te prevaleren boven het belang van de schuldenaar om zo snel mogelijk een schone lei te krijgen en is een afweging van die belangen dus niet nodig. Geen recht wordt gedaan aan de situatie van de schuldeisers die met een schuldsanering worden geconfronteerd, wanneer de reeds beperkte looptijd van drie jaar ook nog eens wordt verkort. De schuldeisers (separatisten daargelaten) dienen het verloop van de regeling af te wachten en zien hun vorderingen vervolgens zelden tot nooit 100% voldaan worden. Om zoveel mogelijk recht te doen aan hun belangen, dient mijns inziens de reguliere looptijd intact te blijven zodat maximaal kan worden gespaard. Enkel op het moment dat een relevante meeropbrengst niet aan de orde is, omdat er geen sprake is van enige spaarcapaciteit en de regeling dus meer kost dan dat het opbrengt voor de schuldeisers, zou verkorting van de looptijd op grond van artikel 354a lid 1 Fw aan de orde kunnen zijn. Dat staat echter los van de vraag of de schuldsaneringsregeling is voorafgegaan door een faillissement of niet.

1 http://www.modusvivendi.nl/index.php?option=com_k2&view=item&id=167:verkorting-looptijd-schuldsanering

29 - Nieuws in het kort

Boedelbijdrage is belaste vergoeding

Bij een faillissement of schuldsaneringsregeling kan de curator of bewindvoerder namens de failliete boedel of de schuldsaneringsboedel (extra) werkzaamheden verrichten voor separatisten en/of leveranciers met eigendomsvoorbehoud. Die werkzaamheden zijn in ieder geval in het belang van de separatisten en kunnen eventueel ook in het belang van de overige schuldeisers zijn. Vanwege die werkzaamheden zijn separatisten bereid een bijdrage te betalen aan de boedel, de zogenaamde boedelbijdrage.

Er was een besluit omzetbelasting (BTW) waarin was gesteld dat deze boedelbijdrage niet belast is. Dit besluit is 14 juli 2009 ingetrokken. De belastingdienst heeft thans geconcludeerd dat de boedelbijdrage belast is met BTW. Dit geldt voor overeenkomsten tot het betalen van een boedelbijdrage die na 20 juni 2014 zijn gesloten. Als de failliet of schuldenaar niet BTW-plichtig was, is geen BTW verschuldigd.

Tiende Monitor Wsnp over 2013

In augustus 2014 kwam de tiende monitor Wsnp uit. Deze ziet op 2013. Hieruit blijkt dat het aantal ingediende Wsnp-verzoeken na 2012 nog verder is gedaald. Dat is opvallend gelet op het toenemende beroep op schuldhulpverlening. Voor deze daling is niet één reden te geven. In het sterk in aantal toegenomen beschermingsbewinden wegens schulden (het zogeheten schuldenbewind) lijkt wel een verklaring te vinden.

Mogelijk is ook het succes van de in 2008 geïntroduceerde dwangregeling (art. 287a) en het moratorium (art. 287b) een reden voor het teruglopende beroep op de wettelijke schuldsaneringsregeling. Uit de cijfers van de Monitor Wsnp blijkt namelijk dat er steeds vaker gebruik wordt gemaakt van deze twee wettelijke voorzieningen. In 2008, het eerste jaar waarin deze mogelijkheid bestond, werden 426 287a-verzoeken ingediend, in 2013 waren dit er 1.790. Het aantal 287b-verzoeken nam in 2013 sterk toe, namelijk van 1.098 in 2012 tot 1.471 in 2013.

Gemiddeld wordt 20% van de Wsnp-verzoeken afgewezen. In 2013 zijn in totaal 12.356 schuldsaneringen uitgesproken, 1.407 minder dan in 2012. De afwijzingspercentages verschillen zeer sterk per rechtbank en lopen uiteen van ongeveer 5% bij de Rechtbank Noord-Nederland tot ruim 40% bij de Rechtbank Den Haag. Hopelijk werpt de volgende Monitor Wsnp een licht op deze grote verschillen.

Het aantal schuldsaneringen vanuit faillissement – waarover in dit nummer twee artikelen staan – steeg van 951 in 2012 naar 1.142 in 2013. Deze omzettingen vormen inmiddels maar liefst 9,2% van het aantal in 2013 geopende schuldsaneringsregeling.

Het aantal actieve bewindvoerders (bewindvoerders met één of meer lopende zaken) is in 2013 verder afgenomen tot 640, 13 minder dan 2012. De afname is de laatste twee jaar minder rigoureuus dan de jaren daarvoor.

Recofa-rapport vtlb geactualiseerd

In juli 2014 is een geactualiseerde versie van het Recofa-rapport vtlb verschenen. Aan de hand van dit rapport wordt zowel in het minnelijk traject als in de wettelijke schuldsaneringsregeling berekend welk deel van het inkomen een schuldenaar mag behouden. Enkele wijzigingen zijn dat het begrip inkomen (hoofdstuk 6) opnieuw is omschreven. De langdurigheidstoeslag (Wet Werk en Inkomen) en de Koopkrachttegemoetkoming Oudere Belastingplichtigen worden als inkomen gezien. Het nieuwe rapport is te vinden op www.wsnp.rvr.org.

Slapende banktegoeden

De Nederlandse Vereniging van Banken heeft een digitaal loket geopend waar kan worden gevraagd of iemand een tegoed heeft bij een bank. Erfgenamen kunnen bij dit loket nagaan of de erflater nog een tegoed heeft bij een (Nederlandse) bank. Indien een schuldenaar erfgenaam is, kan de bewindvoerder de erfgenaam die met de afwikkeling van de nalatenschap is belast daar op wijzen, zie nader www.slapendetegoeden.nl.

30 - Actuele rechtspraak kort

Publicaties tot en met 18 september 2014

1. Hof Amsterdam 25 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1760 (art. 350 lid 3 Fw)

Schuldenaar gaat in hoger beroep tegen het vonnis van 18 december 2013 waarbij de rechtbank de schuldsaneringsregeling tussentijds heeft beëindigd zonder verlening van de schone lei. Het voornaamste verwijt aan schuldenaar is dat zij een nieuwe schuld heeft bij de DWI van bijna € 15.000,- met betrekking tot teveel ontvangen WWB-uitkering in de periode 2010, 2011 en 2012. Het DWI-besluit is van 18 maart 2013. Eerst tijdens het huisbezoek stelt schuldenaar de bewindvoerder in kennis van het door de DWI ingestelde onderzoek. Schuldenaar erkent dat de schuld niet te goeder trouw is ontstaan maar betwist wel de hoogte daarvan. Daarnaast stelt schuldenaar dat de rechtbank de schuld aan de DWI ten onrechte als een nieuwe schuld heeft aangemerkt en verwijst daarbij naar een HR uitspraak van 17 juni 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BQ0709). Schuldenaar meent dat de terugvordering ziet op perioden voorafgaand aan de toelating Wsnp en dat de schuld aan de DWI moet worden aangemerkt als een schuld die reeds bestond op het moment dat schuldenaar werd toegelaten tot de schuldsanering. Het hof oordeelt dat de schuld aan de DWI als een nieuwe schuld moet worden aangemerkt en overweegt daartoe als volgt: Om ten onrechte verleende bijstand te kunnen terugvorderen, is een terugvorderingsbesluit van de gemeente nodig. De terugbetalingsverplichting van degene aan wie ten onrechte bijstand is verleend en de vordering van de gemeente tot terugbetalen ontstaat, anders dan in het kader van de Werkloosheidswet, door en met het terugvorderingsbesluit. Gelet hierop kan het door appellante aangehaalde arrest van de HR van 27 juni 2011, dat ziet op de terugvordering van ten onrechte verleende WW-uitkering, niet van overeenkomstige toepassing worden verklaard op het onderhavige geval waarin het gaat om terugvordering van een WWB-uitkering. Nu appellante verder in hoger beroep heeft erkend niet te goeder trouw te zijn geweest ten aanzien van het laten ontstaan van de schuld aan de DWI, is daarmee gegeven dat de tekortkoming aan appellante kan worden toegerekend. Deze tekortkoming is zodanig ernstig dat beëindiging van de schuldsanering zonder schone lei gerechtvaardigd is.

2. Hof Arnhem-Leeuwarden 5 juni 2014, ECLI:NL:GHARL 2014:6312 (partneralimentatie)

De echtscheiding is uitgesproken in 2009. Op de man is op 26 maart 2013 de wettelijke schuldsaneringsregeling van toepassing verklaard. Bij beschikking van 18 december 2013 heeft de rechtbank beslist dat de man aan de vrouw € 282 per maand partneralimentatie dient te betalen, en deze beslissing uitvoerbaar bij voorraad verklaard. De man stelt beroep in en vraagt ook om schorsing van het alimentatiebesluit. Het hof stelt voorop dat in het geval een onderhoudsplichtige is toegelaten tot de Wsnp het uitgangspunt is dat de saniet geen draagkracht heeft. De rechtbank is in de bestreden beschikking gemotiveerd afgeweken van dit uitgangspunt. De rechtbank heeft, op grond van het door de r-c vastgestelde vtlb, de draagkracht van de man voor partneralimentatie berekend op € 164,40 per maand. Naar het oordeel van het hof is hier geen sprake van een juridische of feitelijke misslag die tot schorsing van de in hoger beroep bestreden beschikking moet leiden. Anders is dit met het bedrag aan fiscaal voordeel dat de rechtbank heeft opgeteld bij het door haar berekende bedrag van € 164,40. Dit laatste beschouwt het hof als een juridische misslag. In het kader van de schuldsaneringsregeling worden belastingteruggaven namelijk beschouwd als

inkomen, welke in de boedel vallen (zie 4.5 van het “Rapport vrij te laten bedrag”). Dit fiscale voordeel staat de man dus niet ter vrije beschikking en kan door hem niet worden gebruikt voor de betaling van een onderhoudsbijdrage voor de vrouw. Het hof wijst het schorsingsverzoek toe voor zover de bestreden alimentatieplicht het bedrag van € 164,40 per maand te boven gaat.

3. Hof Amsterdam 17 juni 2014, ECLI:NLGHAMS:2014:3127 (art. 354 Fw)

In april 2011 is de wettelijke schuldsaneringsregeling van toepassing verklaard op de schuldenaren. Bij de eindbeslissing in april 2014 onthoudt de rechtbank de schone lei wegens schending van de sollicitatie- en informatieplichten en een boedelachterstand. In hoger beroep voeren de schuldenaren aan dat (a) de vrouw langdurig ziek is geweest en tot september 2013 geheel was ontheven van de sollicitatieverplichting en daarna maximaal 20 uur kon werken, (b) de vrouw niet goed kan lezen, schrijven en rekenen, (c) de vrouw een cursus gastouder heeft gedaan en een diploma heeft gekregen maar geen werk heeft wegens gebrekkige beheersing van de Nederlandse taal, (d) en dat de berekening boedelachterstand gebaseerd is op een belastingteruggaaf terwijl die teruggaaf is verrekend. De bewindvoerder brengt bij het hof naar voren dat (a) de schuldenaren vrijwel nooit spontaan stukken verstrekken en overgelegde informatie niet volledig is, (b) de informatie over verrekening door de fiscus eerst in november 2013 is verstrekt, (c) de bewindvoerder tot maart 2014 geen enkel bewijs van sollicitatie heeft ontvangen. Het hof acht aannemelijk dat de schuldenaren de bewindvoerder niet naar behoren hebben geïnformeerd en dat de vrouw in de periode september 2013 tot maart 2014 te weinig heeft gesolliciteerd. Evenwel acht het hof termen aanwezig de schuldenaren in de gelegenheid te stellen de schuldsanering alsnog tot een goed einde te brengen nu (1) de schuldenaren inmiddels alle gevraagde informatie hebben overgelegd, (2) de tekortkoming van de inspanningsplicht beperkt is gebleven tot zes maanden, (3) achteraf blijkt dat er geen boedelachterstand is en er geen nieuwe schulden zijn ontstaan, en (4) schuldenaren € 650,- per maand voor hun schuldeisers kunnen sparen en inmiddels een aanzienlijk bedrag hebben gespaard. Het hof verlengt de sanering met twee jaar.

4. Hof Amsterdam 8 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3182 (art. 350 Fw)

De schuldsaneringsregeling is in augustus 2011 op de schuldenaar van toepassing verklaard. De rechtbank heeft op verzoek van de bewindvoerder de sanering 15 mei 2012 beëindigd. Het Gerechtshof Amsterdam heeft bij arrest van 30 augustus 2012 deze beëindiging ongedaan gemaakt en de looptijd van de regeling verlengd met één jaar. In december 2012 heeft de bewindvoerder opnieuw een verzoek tussentijdse beëindiging ingediend; dit verzoek is door de bewindvoerder ingetrokken. Op het onderhavige verzoek van de bewindvoerder heeft de rechtbank de toepassing van de schuldsaneringsregeling beëindigd omdat de schuldenaar nieuwe schulden heeft laten ontstaan (circa € 4.000,-) en niet te verwachten valt dat zij deze voor het einde van de schuldsaneringsregeling zal kunnen inlopen. Bovendien heeft de schuldenaar de bewindvoerder onvoldoende geïnformeerd, is het de derde keer dat de bewindvoerder een beëindigingsverzoek heeft ingediend en heeft de schuldenaar voldoende kansen gehad, aldus de rechtbank. Het hof draait de tussentijdse beëindiging terug en overweegt daartoe het volgende: Weliswaar is de informatieverstrekking niet goed verlopen, maar dat valt de schuldenaar niet in voldoende mate te verwijten. De schuldenaar heeft te kampen gehad met een persoonlijkheidsstoornis en depressieve klachten. Juist daarom is voor haar in maart 2013 een beschermingsbewind ingesteld. Nadien is er geen contact geweest tussen de beschermingsbewindvoerder en de Wsnp-bewindvoerder, terwijl het op eenvoudige wijze mogelijk was geweest ontbrekende informatie

bij de beschermingsbewindvoerder op te vragen. Voorts heeft de schuldenaar met behulp van twee fondsen een betalingsregeling getroffen met de verhuurder, waardoor de nieuw ontstane schuld voor het einde van de looptijd zal kunnen worden voldaan. Het hof heeft er vertrouwen in dat de schuldenaar de schuldsaneringsregeling met goed gevolg kan afronden, ook gezien hulp van het maatschappelijk werk, een budgetcoach vanaf september en actieve inzet tijdens het re-integratietraject.

5. Hof Amsterdam 8 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3183 (art. 288 lid 1 sub b)

Door de rechtbank wordt het verzoek tot toelating tot de schuldsanering van verzoekers afgewezen op grond van art. 288 lid 1 sub b Fw. De rechtbank heeft daarbij overwogen dat verzoekers over de jaren 2007 tot en met april 2013 een hoog gezamenlijk inkomen hadden van ongeveer € 120.000,- per jaar. Gelet op dit inkomen moesten zij in staat worden geacht geld gereserveerd te kunnen hebben voor het geval zij uiteindelijk ongelijk zouden krijgen in hun dispuut met de belastingdienst. Dat verzoekers er desondanks voor gekozen hebben om alles op te maken en niets te reserveren, komt voor hun rekening en risico. De rechtbank oordeelt dat verzoekers niet te goeder trouw zijn geweest ten aanzien van het onbetaald laten van de schulden aan de Belastingdienst. Verzoekers komen daartegen in hoger beroep bij het hof en stellen dat de rechtbank ten onrechte heeft aangenomen dat zij rekening hadden moeten houden met mogelijke terugvorderingen van de belastingdienst omdat zij erop mochten vertrouwen, gezien de ervaringen uit het verleden, dat de opgevoerde aftrekposten door de belastingdienst geaccepteerd zouden worden en dat er daarom geen reden was aan te nemen dat zij geld zouden moeten betalen aan de belastingdienst. Daarnaast beroepen zij zich op de hardheidsclausule (art. 288 lid 3) en voeren aan dat zij door schade en schande wijs geworden zijn en in 2013 geen aftrekposten hebben aangevoerd in hun aangifte. Het hof oordeelt dat verzoekers te kwader trouw zijn geweest bij het ontstaan van de belastingschuld omdat verzoekers de door hen opgevoerde aftrekposten onvoldoende hadden onderbouwd. Voorts is het hof het met de rechtbank eens dat verzoekers ook niet aannemelijk hebben gemaakt te goeder trouw te zijn geweest bij het onbetaald laten van deze schuld, gelet op de hoogte van het inkomen. Ook het beroep op de hardheidsclausule kan niet slagen omdat verzoekers niet aannemelijk hebben gemaakt de omstandigheden die bepalend zijn geweest voor het ontstaan of onbetaald laten van de schulden inmiddels voldoende onder controle te hebben gekregen. Het hof let daarbij bijvoorbeeld op de nog zeer recente aanschaf van een auto waarvoor de afgesproken aflossingsregeling met de belastingdienst zelfs moest wijken, en naar de huidige hypotheekschuld op de woning die mede vanwege verbouwingen inmiddels niet meer in verhouding staat tot de koopprijs.

6. HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1682 (art. 351 lid 1 Fw)

Op 10 oktober 2013 wordt de toepassing van de schuldsaneringsregeling van verzoeker tussentijds beëindigd. Op grond van art. 351 lid 1 kan de schuldenaar gedurende acht dagen na de dag van deze uitspraak in hoger beroep komen. Pas op 24 oktober 2013 gaat verzoeker in hoger beroep tegen het vonnis van 10 oktober 2013. Het hof verklaart verzoeker niet-ontvankelijk omdat het beroepschrift buiten de beroepstermijn is ontvangen. Het hof constateert dat verzoeker onvoldoende omstandigheden heeft aangevoerd op grond waarvan geoordeeld kan worden dat de overschrijding van de beroepstermijn verschoonbaar is. Verzoeker heeft onder verwijzing naar de brief van PostNL van 24 oktober 2013 aangevoerd dat het vonnis hem buiten zijn toedoen te laat heeft bereikt. Het hof gaat hieraan voorbij en geeft doorslag aan het feit dat verzoeker ter zitting

erkend heeft dat hij wist dat hij twee weken na de mondelinge behandeling van de rechtbank op 26 september 2013 een vonnis kon verwachten. Het had derhalve op zijn weg gelegen om zelf tijdig bij de rechtbank navraag te doen naar de uitspraak, toen hij die niet ontving. Nu hij dit niet heeft gedaan, is het hof van oordeel dat de overschrijding van de beroepstermijn niet verschoonbaar is. In cassatie bij de HR wordt het volgende aangevoerd: 1) dat er gerede twijfel bestaat dat de rechtbank op tijd het vonnis aan schuldenaar heeft verstuurd, 2) dat schuldenaar zonder rechtsbijstand bij de rechtbank is verschenen, 3) de ultrakorte appeltermijn en 4) de omstandigheid dat het om een diep in het persoonlijk leven ingrijpende beslissing gaat. De HR stelt schuldenaar in het gelijk en overweegt dat schuldenaar in eerste aanleg niet werd bijgestaan door een advocaat en niet blijkt dat hem (in overeenstemming met art. 3.1.4.1. van het Procesreglement) de precieze dag van de uitspraak is medegedeeld, onder vermelding dat hij vanaf dat moment telefonisch naar de uitspraak kon informeren. Er is sprake van een verzuim van de rechtbank als gevolg waarvan verzoeker redelijkerwijs niet hoefde te weten op welke dag de rechtbank uitspraak had gedaan.

7. Hof Amsterdam 15 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3184 (art. 328 en 328a, 196 en 197 Fw)

Bij vonnis van 14 september 2011 is door de rechtbank bepaald dat de schuldenaar niet voor een schone lei in aanmerking komt en dat de regeling wordt voortgezet om een 100% uitdeling aan schuldeisers te realiseren. In het eindvonnis is de schuldenaar de schone lei onthouden. De verificatie van schuldvorderingen heeft pro forma plaatsgevonden. Schuldenaar stelt beroep in tegen het eindvonnis en verzoekt om alsnog een inhoudelijke verificatievergadering te houden. De reden van het verzoek is gelegen in het feit dat de schuldenaar enkele schulden heeft betwist maar dat van die betwisting geen melding is gemaakt in het proces-verbaal. Het hof stelt vast dat (a) de rechtbank heeft bepaald dat de verificatievergadering pro forma wordt gehouden en dat de bewindvoerder de schuldenaar daarvan op de hoogte stelt, (b) de schuldenaar vervolgens bij brief aan de bewindvoerder bezwaren kenbaar heeft gemaakt ten aanzien van een viertal vorderingen, (c) het proces-verbaal van de pro forma verificatievergadering inhoudt dat de bewindvoerder alle ingediende vorderingen heeft erkend en er geen betwiste en achtergestelde vorderingen zijn en dat de schuldenaar geen bezwaren kenbaar heeft gemaakt tegen de ingediende schuldvorderingen. Het hof overweegt voorts: *'Ingevolge artikel 328 Faillissementswet (Fw) zijn op de verificatie van vorderingen in het kader van de schuldsaneringsregeling onder meer de artikelen 119 tot en met 127 Fw van toepassing. Op grond van artikel 121 lid 4 en artikel 196 Fw heeft de in het proces-verbaal van de verificatievergadering opgetekende erkenning door de bewindvoerder van een vordering kracht van gewijsde, ook tegen de schuldenaar en is het proces-verbaal een voor tenuitvoerlegging vatbare titel. Uit artikel 126 en artikel 197 Faillissementswet volgt dat indien in het proces-verbaal van de verificatievergadering aantekening wordt gemaakt van een gemotiveerde betwisting door de schuldenaar van een vordering, de erkenning van die vordering door de bewindvoerder tegenover de schuldenaar geen kracht van gewijsde heeft en dat het proces-verbaal geen voor tenuitvoerlegging jegens de schuldenaar vatbare titel oplevert.'* Het hof oordeelt dat aannemelijk is dat ten onrechte is volstaan met een pro forma verificatievergadering en dat, bij een juiste gang van zaken (overeenkomstig artikel 328a lid 2 Fw), de schuldenaar aanwezig zou zijn geweest bij de verificatievergadering en vorderingen gemotiveerd zou hebben betwist. Het bovenstaande doet er evenwel niet aan af dat het proces-verbaal van de verificatievergadering juist is in die zin dat de inhoud daarvan overeenstemt met de inhoud van de pro forma verificatievergadering en dat aan het proces-verbaal kracht van gewijsde toekomt als bedoeld in artikel 121 lid 4 en 196 Fw. Met dat laatste is onverenigbaar dat de rechtbank (of de rechter-commissaris) alsnog een

inhoudelijke verificatievergadering gelast alwaar de schuldenaar alsnog in de gelegenheid zou zijn vorderingen geheel of gedeeltelijk te betwisten. [*De redactie begrijpt dat cassatieberoep is ingesteld*].

8. Hof Den Haag 17 juli 2014, ECLI:NL:GHDHA 2014:2927 (art. 285 lid 1 sub f Fw)

Verzoeker heeft een schuldenlast van € 287.000 en een aflossingscapaciteit van € 446,- per maand. De rechtbank verklaarde verzoeker niet-ontvankelijk in zijn Wsnp-verzoek omdat geen minnelijk traject is gestart en verzoeker aan zijn schuldeisers een aanbod had moeten doen, aldus (geparafraseerd) de rechtbank. Verzoeker voert in hoger beroep aan dat (1) de Belastingdienst loonbeslag heeft gelegd zonder rekening te houden met zijn alimentatieverplichtingen en de onbelaste rittengelden bij werk in de vervoersector, (2) verzoeker geen verlaging/nihilstelling van de kinderalimentatie kan vragen omdat hij gelet op zijn inkomen en dat van zijn partner niet voor een toevoeging in aanmerking komt, (3) verzoeker noodzakelijkerwijs nieuwe schulden maakt en niet kan voldoen aan de verplichtingen van het minnelijk traject. Het hof stelt vast dat appellant zonder het loonbeslag een aanzienlijke afloscapaciteit heeft; via het beslag worden maandelijks bedragen van € 950,- tot € 1.150,- aan de belastingdienst betaald. De afloscapaciteit kan mogelijk toenemen indien appellant er in zou slagen verlaging/nihilstelling van de te betalen kinderalimentatie te verkrijgen. Het hof oordeelt dat appellant via de schuldhulpverlening een voorstel aan al zijn schuldeisers had moeten doen op basis van inkomsten boven het vtlb zonder het gelegde loonbeslag in mindering te brengen en met eventueel voorbehoud voor vermindering van zijn alimentatieverplichtingen. Nu appellant in het geheel geen poging heeft ondernomen om met zijn schuldeisers tot een minnelijke regeling te komen, heeft de rechtbank het Wsnp-verzoek terecht niet-ontvankelijk verklaard.

9. Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2014, ECLI:NL:GHARL 2014:5724 (art. 287a Fw)

In juli 2013 heeft schuldenaar/appellant een schuldregeling aangeboden aan zijn schuldeisers. Deze schuldregeling hield in dat de vier schuldeisers 10,72% van hun vordering betaald zouden krijgen in een termijn van 36 maanden. ING heeft dit aanbod afgewezen. Na het tussenarrest van het hof heeft appellant opnieuw een schuldregeling aangeboden aan zijn schuldeisers. Deze schuldregeling houdt in dat aan de vier schuldeisers 20,01% is aangeboden uit te betalen in 36 maanden. Het gaat hierbij om een prognose die uiteindelijk hoger of lager kan uitvallen, afhankelijk van het bedrag dat maandelijks kan worden gereserveerd. Ook dit aanbod is door ING afgewezen. ING is pas bereid om finale kwijting te verlenen indien het gehele bedrag van € 5.134,81 (20,01%) ineens door ING is ontvangen. Het hof constateert dat het prognosevoorstel is gebaseerd op een vast dienstverband. Appellant werkt sinds 12 april 2014 echter op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor de duur van zes maanden. Zijn dienstverband eindigt vooralsnog van rechtswege op 11 oktober 2014. Daarnaast is het hof van oordeel dat in de aangeboden schuldregeling de waarborgen ontbreken die de Fw biedt met betrekking tot de vaststelling van en het toezicht op de inkomens- en vermogenspositie van appellant door de bewindvoerder en de rechter-commissaris. De waarborgen die in de wettelijke schuldsaneringsregeling worden geboden ontbreken. Zo is er onder andere geen sollicitatie- en informatieplicht, geen postblokkade en vindt slechts jaarlijks een inkomenstoets plaats. Naar het oordeel van het hof dient een prognose voldoende zekerheid te bieden dat appellant het aangeboden bedrag in de schuldregeling aan ING kan betalen in een periode van drie jaar. Hiervan is geen sprake. Gelet hierop en het feit dat ING een groot gedeelte vertegenwoordigt van de totale schuldenomvang, namelijk 46,8%, heeft ING in redelijkheid de instemming met de schuldregeling kunnen weigeren.

10. Hof Amsterdam 29 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3100 (art. 288 lid 1b en 3 Fw)

Verzoekster heeft hoger beroep ingesteld tegen afwijzing van haar Wsnp-verzoek. Het hof stelt vast dat verzoekster in de vijf jaar voorafgaand aan het indienen van het verzoekschrift o.a. een schuld heeft aan het CJIB van € 9.239,- (APK-overtredingen en onverzekerd), aan de belastingdienst van € 9.941,- en aan het UWV van € 555,-. De CJIB-schuld en de schuld in verband met ten onrechte ontvangen kinderopvangtoeslag over de periode 2011 tot en met 2013 zijn naar hun aard niet te goeder trouw ontstaan. Het hof oordeelt echter dat voldoende aannemelijk is geworden dat verzoekster de omstandigheden die bepalend zijn geweest voor het ontstaan of onbetaald laten van haar schulden, onder controle heeft gekregen. Verzoekster heeft zich ingespannen haar leven weer op de rit te krijgen en haar financiële situatie is thans stabiel. Sinds de onderbewindstelling van verzoekster zijn geen nieuwe schulden ontstaan, en verzoekster leeft met haar twee kinderen al geruime tijd van € 100,- per week en is gemotiveerd een betaalde dienstbetrekking te verkrijgen ten einde te kunnen sparen voor haar schuldeisers. Het hof concludeert dat verzoekster de kans dient te worden geboden haar schulden te saneren.

11. Hof Arnhem-Leeuwarden 7 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6260 (art. 354 Fw)

Schuldsanering toegepast in april 2011. In het eindvonnis onthoudt de rechtbank aan de schuldenaar de schone lei overwegend dat (a) de informatieplicht is geschonden, (b) een nieuwe schuld is ontstaan aan VGZ wegens een niet door de verzekeraar vergoede operatie, (c) een nieuwe schuld is ontstaan wegens ten onrechte ontvangen kinderopvangtoeslag, (d) er een boedelachterstand is van € 379,- en (e) te weinig sollicitaties zijn verricht. Het hof overweegt dat inmiddels de meeste tekortkomingen zijn opgelost en voor de VGZ-schuld een betalingsregeling is getroffen. Het hof overweegt dat de terugvordering kinderopvangtoeslag 2012 en 2013 (€ 22.938,- en € 22.804,-) gebaseerd is op ontbreken van datering en handtekening gastouderbureau. Het hof maakt uit de stukken echter op dat alleen de ondertekening ontbreekt, en dat de schuldenaar bezwaar heeft gemaakt tegen terugvordering met verklaring gastouder. Het hof verwijst ambtshalve naar *Kamervragen* aan Staatsecretaris Financiën en Minister SZW over 'rauwelijkse' terugvordering bij 'omissies van ondergeschikt belang'. Op 11 juli antwoordde de minister dat de belastingdienst altijd gelegenheid moet geven tot herstel alvorens terug te vorderen. Het hof stelt vast dat de fiscus aan de schuldenaar geen herstelmogelijkheid heeft gegeven en oordeelt dat de schuldenaar niet toerekenbaar tekort is geschoten. Het hof verleent alsnog de schone lei.

12. Hof Den Bosch 12 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE 2014:2773 (art. 61 lid 4 Fw)

Man wordt op 13 juli 2010 failliet verklaard. De failliet is in 2002 getrouwd onder huwelijkse voorwaarden die inhouden dat de echtgenoten met uitsluiting van elke gemeenschap van goederen zijn gehuwd. De vrouw heeft op 31 maart 2005 tegen betaling van € 485.000,- een huis verkregen. Ter financiering van dit huis is een lening aangegaan van € 385.000,-. Ter zekerheid van deze lening is een hypotheek verstrekt ten behoeve van de Rabobank. Daarnaast heeft de man in 2008 een huurkoopovereenkomst afgesloten met de Volksbank met betrekking tot een auto. De overeenkomst is op 17 november 2008 op naam van de vrouw gesteld. De auto behoort in eigendom toe aan de vrouw. In april 2010 heeft de man € 104.000,- van Aegon ontvangen nadat hij met Aegon afspraken had gemaakt voor de afkoop van een levensverzekering bij Aegon. Gefailleerde heeft vóór faillietverklaring, van hetgeen hij van Aegon had ontvangen, € 60.000,- contant opgenomen en verder bijna € 18.000,- giraal betaald aan Volkswagen Bank in verband met de huurkoop van de auto. De curator heeft de vrouw verzocht het huis en de auto aan hem af te geven. De vrouw

geeft aan dit verzoek geen gehoor waarna de curator een procedure start. De rechtbank heeft de vorderingen van de curator afgewezen. In hoger beroep vordert de curator onder meer dat voor recht verklaard wordt dat het faillissement het gehele vermogen van de vrouw omvat. De curator legt aan het gevorderde ten grondslag dat het huis, de auto en de overige bezittingen van de vrouw ingevolge art. 61 lid 4 Fw dan wel art. 63 Fw geheel in het faillissement vallen, tenzij de vrouw kan bewijzen dat deze zaken geheel door haar uit haar eigen geld zijn betaald. Volgens de curator heeft de vrouw dit bewijs niet geleverd. De vrouw verweert zich met de stelling dat art. 61 lid 4 niet van toepassing is nu zij en failliet huwelijkse voorwaarden zijn overeengekomen waarbij zij iedere gemeenschap van goederen hebben uitgesloten. Zij voert onder meer aan 1) dat de toepassing van art. 61 lid 4 een schending zou opleveren van haar eigendomsrecht, 2) dat zij het huis en de auto voor meer dan de helft met eigen middelen heeft betaald, 3) dat de curator bij het gevorderde geen belang heeft nu de executiewaarde van het huis lager is dan de hypotheekschuld en 4) dat zij omvangrijke tegenvorderingen op de man heeft, zodat zij met een beroep op haar retentierecht haar eventuele verplichting het huis, de auto en andere bezittingen aan de curator af te geven kan opschorten totdat haar tegenvorderingen zijn voldaan. De vrouw voert ook aan dat een regeling met de belastingdienst (nagenoeg de enige schuldeiser in het faillissement) mogelijk is geweest, maar door de curator ten onrechte is geblokkeerd. Het hof oordeelt als volgt: 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 buiten de gemeenschap toebehorende gelden, 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 bewezen dient te worden dat de goederen door de echtgenoot zijn verkregen en – op grond van het tot 1 januari 2012 geldende recht – geheel met eigen middelen zijn gefinancierd [thans is financiering van tenminste 50% voldoende, *red.*], willen zij door de echtgenoot kunnen worden teruggenomen. Wanneer de echtgenoot niet in dit tweeledige bewijs slaagt, vallen de goederen in de boedel. Uit twee arresten van HR 23 mei 1924, NJ 1924, p. 817 en van 27 mei 1966, NJ 1966,352 valt af te leiden dat voormelde regel ook van toepassing is indien de echtgenoten buiten iedere gemeenschap zijn gehuwd. De echtgenoot kan alleen de goederen waartoe hij is gerechtigd terugnemen, als hij bewijst dat hij deze geheel met eigen middelen heeft verworven. Het hof oordeelt dat de curator het huis en de auto kan opeisen en te gelde maken ten behoeve van de schuldeisers in het faillissement van de man. Het hof oordeelt dat de vrouw niet het bewijs heeft geleverd dat de koopprijs van het huis en de auto voor meer dan de helft ten laste zijn gekomen van haar eigen vermogen. Ten aanzien van de overige goederen dient de curator duidelijk te maken welke specifieke goederen hij wenst op te eisen en te gelde te maken. Nu de vrouw heeft benadrukt dat een minnelijke regeling mogelijk is (geweest) tussen haar en de belastingdienst geeft het hof aan partijen (nogmaals) in overweging dat een minnelijke regeling gewenst kan zijn, gelet op het belang van de vrouw om in het huis te blijven wonen, de onzekerheid over het beloop van haar vorderingen en de betrekkelijk kleine mogelijke overwaarde van het huis bij executie. Het hof houdt verder iedere beslissing aan.

13. Hof Arnhem-Leeuwarden 28 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6845 (art. 354 Fw)

In juli 2010 is beschermingsbewind uitgesproken, in juli 2012 is de schuldsaneringsregeling van toepassing verklaard. De rechtbank spreekt in juni 2014 de tussentijdse beëindiging uit. De rechtbank baseerde de beëindiging op schending van de informatie- en sollicitatieplicht, nieuwe

schulden aan de gemeente Almere en bij een kinderdagverblijf en een boedelachterstand van ruim € 1.600. Deze schulden en de boedelachterstand acht de rechtbank bovenmatig. Het hof oordeelt dat de tekortkomingen van zodanige ernst zijn dat zij in beginsel dienen te leiden tot tussentijdse beëindiging. Niettemin ziet het hof aanleiding voor een uitzondering nu de schuldenaar alles in het werk heeft gezet om haar misstap te corrigeren en blijkt geeft van een positieve saneringsgezindheid. Alle ontbrekende stukken zijn nu in het bezit van de bewindvoerder en schuldenaar heeft de mogelijkheid om de boedelachterstand af te betalen. Met de gemeente Almere heeft de schuldenaar een betalingsregeling getroffen, die zij ook nakomt. Niet vastgesteld kan worden of er wel sprake is van een schuld aan het kinderdagverblijf. De bewindvoerder heeft in hoger beroep tot voortzetting van de schuldsaneringsregeling geadviseerd, onder de voorwaarde dat de termijn met een jaar wordt verlengd. Schuldenaar krijgt nu ondersteuning van haar dochter en haar advocaat bij het nakomen van haar verplichtingen. Het hof vernietigt de tussentijdse beëindiging maar verlengt de duur van de sanering met een jaar opdat schuldenaar de niet nagekomen sollicitatieverplichting op die manier kan corrigeren.

14. HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2935 (art. 349a Fw; verlenging na afloop termijn)

Het hof heeft op de voet van art. 392 Rv de volgende prejudiciële vragen aan de Hoge Raad voorgelegd:

1. Is op de voet van art. 349a Fw verlenging mogelijk indien de in art. 349a lid 1 Fw bedoelde termijn van de wettelijke schuldsaneringsregeling reeds is beëindigd?
2. Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord: wat betekent dat voor de verplichtingen van de schuldenaar na afloop van de in art. 349a lid 1 Fw bedoelde termijn, maar voorafgaand aan de definitieve rechterlijke beslissing over de gevraagde verlenging? De Hoge Raad heeft de prejudiciële vragen als volgt beantwoord:
 1. De beslissing om op de voet van art. 349a lid 2 en 3 Fw de termijn van de schuldsaneringsregeling te verlengen, kan worden genomen na het moment waarop de in art. 349a lid 1 Fw bedoelde termijn van de schuldsaneringsregeling afloopt.
 2. De verplichtingen die op grond van de tweede afdeling van titel III Fw voor de schuldenaar voortvloeien uit de toepassing van de schuldsaneringsregeling, gelden niet in de periode die is gelegen tussen het moment waarop de termijn van art. 349a lid 1 Fw afloopt en het moment waarop onherroepelijk is beslist omtrent de verlenging van de termijn van de schuldsaneringsregeling.

De HR merkte daarbij nog op dat de rechter in zijn oordeelsvorming, ten behoeve van zijn beslissing omtrent de verlenging van de termijn van de schuldsaneringsregeling, niet enkel dient te betrekken hetgeen zich heeft voorgedaan gedurende de termijn van art. 349a lid 1 Fw.

De rechter is gehouden om in dit verband acht te slaan op alle relevante feiten en omstandigheden, waaronder de gedragingen van de schuldenaar in de periode die is gelegen *tussen het moment waarop de termijn van art. 349a lid 1 Fw afloopt en het moment waarop wordt beslist omtrent de verlenging* van de termijn van de schuldsaneringsregeling. (*Cursivering door de redactie.* In een volgend WP-nummer zal aan deze uitspraak van de HR uitvoerige aandacht worden besteed.)



Fineaid B.V.
Lekdijk 297
2957 CL Nieuw-lekkerland

www.fineaid.nl
Email: info@fineaid.nl
Tel: + 31 (0)184 208100



Software voor bewindvoerders door bewindvoerders

Wat biedt Fineaid u:

- Een efficiënte bedrijfsvoering.
- Corresponderen met uw relaties via standaard brieven gekoppeld aan Microsoft Word.
- Mailmerge functionaliteit waarmee de standaard brieven vanuit Fineaid kunnen worden gemaïld naar uw relatie.
- Notities voor interne rapportages.
- Schuldenlijsten printen die nodig zijn voor de uitdeling en verificatie met één druk op de knop.
- Automatische aanmaak dossiermappen.
- Ingebouwde VTLB calculator.
- Inlezen van bankafschriften en betaalopdrachten genereren.
- Budgetbewaking, controle op de inkomsten en uitgaven.
- Zeer korte lijnen naar de ontwikkelaars en programmeurs.
- Bewaking van processen door middel van takenlijsten.

Wilt u meer informatie of een demonstratie bezoek dan onze site:

www.fineaid.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 Dhr. G. Benedictus, bewindvoerder Mr. Th. A. Pouw, raadsheer- plaatsvervanger en docent handels- en ondernemingsrecht
Redactiemedewerker:	Mw. E.F.C. Timmermans
Adviseurs:	Prof. mr. B. Wessels Dhr. A. van Eijsden
Redactiesecretariaat:	Wsnp Periodiek Postbus 1126 6501 BC Nijmegen 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 € 60,- per jaar, inclusief BTW.
Abonnementen worden aangegaan voor de periode van minimaal één jaar. Het abonnement kan alleen schriftelijk (of per e-mail) bij het redactiesecretariaat worden opgezegd tegen het einde van het kalenderjaar met inachtneming van een opzeggingstermijn van minimaal twee maanden (dus uiterlijk 31 oktober).

Abonneegegevens worden door de uitgever niet aan derden verstrekt.

Druk: JP Offset, Duiven

© Auteursrechten voorbehouden.