

WSNP

Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen

Periodiek

mei 2010

Redactie

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

Adviseurs

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

Jaargang 1, nummer 1

Inhoud

- 01 **Introductie**
- 02 **Verrekeningsrecht uitkeringsinstanties**
Margreet van Bommel
- 03 **Op jacht naar vermogen**
Geert Benedictus
- 04 **Vrijwaring bewindvoerder bij verkoop onroerend goed**
Nelly van den Berg
- 05 **Nieuwe kansen voor de bewindvoerder Wsnp**
Geert Benedictus
- 06 **Hoger beroep bij niet-ontvankelijk verklaring Wsnp-verzoeker**
Berend Engberts
- 07 **De 14-dagentermijn van art. 3 Fw**
Berend Engberts
- 08 **Niet-nakomen verplichtingen door schuldenaar en verwijtbaarheid**
Berend Engberts
- 09 **Hypotheekschuld en schuldsanering**
Arnoud Noordam



01 -Introductie

Geachte lezer,

Voor u ligt het eerste nummer van het nieuwe tijdschrift Wsnp Periodiek. Wsnp Periodiek is het eerste tijdschrift dat zich uitsluitend op het zogeheten wettelijke (schuldsanerings-) traject richt. In de afgelopen jaren is veel kennis opgebouwd over en ervaring opgedaan met Wsnp-zaken. Bovendien zijn er voortdurend nieuwe ontwikkelingen zowel in de bewindvoerderspraktijk als in de rechtspraak. Met dit tijdschrift willen wij deze ontwikkelingen volgen en kennis bundelen en overdragen aan een ieder die in en rond het wettelijke traject actief is.

De rubriek Praktijk van dit eerste nummer geeft praktische informatie over het in beeld brengen van het boedelactief, de verkoop van de woning van de schuldenaar en de (on)mogelijkheden van verrekening van oude schulden bij een uitkerende instantie met de lopende uitkering van de schuldenaar. In de rubriek Rechtspraak vindt u commentaren

op arresten van de Hoge Raad over (a) de wettelijke termijn van art. 3 Fw, (b) beroep na niet-ontvankelijk verklaring van een Wsnp-verzoeker en (c) de werking van de schone lei ten aanzien van hypotheekschulden.

Wij hebben met heel veel plezier en enthousiasme aan de totstandkoming van dit eerste nummer gewerkt. Wij hopen uiteraard dat wij uw belangstelling hebben gewekt en dat u een abonnement neemt. Voor reacties, commentaar, tips, bijdragen en dergelijke staat ons mailadres altijd open (redactie@wsnp-periodiek.nl)! Wij wensen u veel leesplezier.

De redactie.

02 -Verrekeningsrecht uitkeringinstanties

Margreet van Bommel

1. Inleiding

Op het kantoor waar ik werkzaam ben, ontstond vorig jaar een geschil tussen een bewindvoerder en het UWV omdat het UWV van mening is een lopende arbeidsongeschiktheidsuitkering ten behoeve van saniet te kunnen verrekenen met een pre-Wsnp-schuld. Ik meen dat verrekening door het UWV niet is toegestaan.

2. Wettelijk kader

Hoe zat het ook alweer met verrekening? Volgens art. 53 lid 1 Fw geldt in faillissement het volgende: 'Hij die zowel schuldenaar als schuldeiser van de gefailleerde is, kan zijn schuld met zijn vordering op de gefailleerde verrekenen, indien beide zijn ontstaan vóór de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen, vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht'. In art. 307 lid 1 Fw is een aparte bepaling opgenomen voor de Wsnp: 'Hij die zowel schuldenaar als schuldeiser is van de persoon ten aanzien van wie de schuldsaneringsregeling is uitgesproken, kan zijn schuld met zijn vordering ten aanzien waarvan de schuldsaneringsregeling werkt, slechts verrekenen indien beide zijn ontstaan vóór de uitspraak tot de toepassing van de schuldsaneringsregeling'. In het geval van een faillissement is de verrekeningsbevoegdheid dus ruimer geformuleerd dan voor de Wsnp, nu ook verrekend mag worden indien de

vordering op gefailleerde voortvloeit uit handelingen vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht.

3. Wel verrekening mogelijk – militair pensioen

Het UWV verwijst ter ondersteuning van zijn argument om te mogen verrekenen, zonder overigens nader uitleg te geven, naar een uitspraak van de Hoge Raad van 4 juni 2004, NJ 2004,42 LJN AO5665. In deze zaak verrekende USZO het militair prepensioen van schuldenaar/saniet met een vordering die zij vóór de toelating tot de Wsnp had gekregen omdat de schuldenaar zijn inkomsten niet (volledig) had opgegeven en hij daardoor een te hoog prepensioen had ontvangen. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat de aanspraak op de maandelijks door USZO uit te betalen prepensioenuitkering, ingevolge de 'Uitkeringswet gewezen militairen', niet maandelijks ontstaat maar ontstaat met ingang van de dag waarop militair Z. is ontslagen. Nu de aanspraak op uitkering is ontstaan vóór de uitspraak tot toepassing van de schuldsanering op Z., is voldaan aan de in art. 307 lid 1 Fw gestelde eis en kan de uitkeringsinstantie zich met recht beroepen op verrekening van haar vordering op Z. tot terugbetaling van teveel betaalde uitkering met haar schuld aan Z. ter zake van de maandelijks uitkering krachtens de Uitkeringswet. De Hoge Raad overweegt in rechtsoverweging 3.4 dat 'nu het hier gaat om een op de wet gebaseerde, maandelijks opeisbare, vordering, zonder dat de gewezen militair nog enigerlei tegenprestatie behoeft te verrichten om het recht op uitkering te verkrijgen, moet worden aangenomen

dat dit recht op uitkering is ontstaan met ingang van de dag waarop het ontslag van de gewezen militair is ingegaan. Daaraan doet niet af dat dit recht is onderworpen aan enkele ontbindende voorwaarden (die in art. 7 van de Uitkeringswet worden opgesomd) en een tijdsbepaling (ingevolge art. 2 van de Uitkeringswet vervalt het recht op uitkering op de dag waarop de gewezen militair de leeftijd van 65 jaar bereikt)'.
 2

4. Geen verrekening mogelijk - Ziektewetuitkering

Mij is een zaak bekend waarin de advocaat van de uitkeringsgerechtigde een procedure is gestart tegen het UWV wegens ten onrechte verrekenen van de ziektewetuitkering tijdens Wsnp met eerder onverschuldigd betaalde ziektewetuitkering die voor datum Wsnp was teruggevorderd. De Rechtbank Utrecht heeft in haar vonnis van 29 juli 2008 (LJN BE9228) in deze zaak het UWV in het ongelijk gesteld en overwogen 'dat verlening van ziektewetuitkering geen bevoegdheid is van het UWV, maar een recht dat ontstaat indien wordt voldaan aan de betreffende wettelijke voorschriften, in het bijzonder aan dat van art. 19, eerste lid, van de ZW'. Met het toekenningbesluit was vastgesteld dat eiseres (schuldenaar) met ingang van 31 januari 2006 een vordering op het UWV heeft, maar daarmee staat de duur van die vordering nog niet vast. Het recht zal immers steeds opnieuw aan de wettelijke vereisten moeten voldoen. De arbeidsongeschiktheid is een ontstaansvereiste waaraan steeds moet worden voldaan om in aanmerking te komen voor een ziektewetuitkering. De vordering

van eiseres op het UWV ontstaat daarom steeds per periode waarin sprake is van arbeidsongeschiktheid. Gezien het bepaalde in art. 29, tweede lid, van de ZW leidt het voorgaande de rechtbank tot de conclusie dat het recht op ziekingeld steeds per dag ontstaat zolang de in de wet gestelde voorwaarde, te weten objectieve arbeidsongeschiktheid, is vervuld. Dat het UWV maandelijks ziekingeld betaalt, laat het dagelijks ontstaan daarvan onverlet. De rechtbank is dan ook van oordeel dat de schuld van het UWV in de vorm van de ziektewetuitkering over de periode ná 7 februari 2007 niet is ontstaan vóór 7 februari 2007'. Voorts oordeelde de rechtbank dat de uitspraak van de Hoge Raad van 4 juni 2004, waarnaar het UWV ook in deze kwestie verwees, 'een andere situatie dan hier aan de orde waarbij het ontstaansvereiste, het ziek zijn, moet zijn vervuld om dagelijks het recht te laten ontstaan'.

5. Geen verrekening mogelijk – WWB-uitkering

Ten aanzien van verrekening van WWB-uitkeringen na datum Wsnp wordt door verschillende rechtbanken hetzelfde standpunt ingenomen als in de bovengenoemde uitspraak van de Rechtbank Utrecht. Ik verwijs naar de uitspraken van de Rechtbank Amsterdam van 12 juli 2007 (LJN BF5121), Rechtbank Assen van 24 september 2008 (LJN BF3947) en Rechtbank Zwolle van 4 december 2009 (LJN BF6127). In deze uitspraken wordt overwogen dat de vaststelling óf het recht op bijstand te gelde gemaakt kan worden, iedere maand opnieuw voorwerp van besluitvorming is (art. 45 lid 1 WWB). Indien de schuld en

de vordering niet beide zijn ontstaan vóór de uitspraak tot de toepassing van de Wsnp, is verrekening van de schuld met de vordering in strijd met art. 307 Fw.

Volledigheidshalve wijs ik er nog op dat een vordering tot terugbetaling van ten onrechte ontvangen WWB-uitkering pas ontstaat door een daartoe strekkend besluit van de gemeente. Dit valt althans af te leiden uit Hof Amsterdam 16 juni 2009, BJ 2304. Zie ook Rechtbank Arnhem 31 maart 2005, LJN AU2489.

6. Conclusie

De systematiek die wordt gevolgd in bovenstaande rechtbankuitspraken betreffende de Ziektewetuitkeringen WWB-uitkering, lijkt mij ook van toepassing met betrekking tot een arbeidsongeschiktheidsuitkering. Immers, een

recht op een arbeidsongeschiktheidsuitkering en het te gelde maken daarvan ontstaat ook pas nadat voldaan is aan wettelijke voorschriften. Doorgaans zal de uitkeringsgerechtigde steeds opnieuw aan medisch onderzoek onderworpen kunnen worden alvorens de arbeidsongeschiktheidsuitkering wordt vastgesteld.

Het is opmerkelijk dat de uitkeringsinstanties zich kennelijk bij bovengenoemde uitspraken van de rechtbanken hebben neergelegd en niet in hoger beroep zijn gegaan. In de zaak van mijn collega heeft het UWV uit 'couloanceoverwegingen' besloten niet meer te gaan verrekenen. Hoe het ook zij, ik hoop met dit artikel bereikt te hebben dat Wsnp-bewindvoerders zich niet 'zomaar' bij het verrekenstandpunt van de uitkeringsinstanties neerleggen.

03 -Op jacht naar vermogen

Geert Benedictus

1. Inleiding

Sinds de wetwijziging per 1 januari 2008 verkeert de boedel van de schuldenaar direct bij uitspraak in staat van insolventie en dient de bewindvoerder over te gaan tot vereffening en tegeldemaking van de tot de boedel behorende goederen. Uit onderzoek (niet wetenschappelijk) blijkt dat in zeventig procent van de saneringen vermogen wordt aangetroffen, welke niet staat vermeld in de verklaring 285 of verzoekschrift. In de rechtspraak omtrent verzoeken tot oplegging

van een dwangakkoord op grond van art. 287a Fw lijkt men hieraan vaak voorbij te gaan. Wat niet weet, wat niet deert, lijkt het motto te zijn bij een niet wettelijke schuldregeling. Maar weet een bewindvoerder het vermogen van saniet wel te vinden?

2. Vereffening van het actief

De omvang van de boedel wordt bepaald door artikel 295 Fw De taak tot beheer en vereffening van de boedel, die de bewindvoerder in artikel 316 Fw krijgt opgedragen, wordt bepaald door art. 347 Fw Uitgangspunten daarin zijn dat alle tot de boedel behorende goederen onderhands worden verkocht. Verder is de bewindvoerder aan zijn lot

overgelaten. In de Recofa-richtlijnen staat slechts dat de bewindvoerder – in afwijking dus van art. 347 Fw – voor de verkoop van goederen met een waarde van meer dan € 2000,- toestemming van de rechter-commissaris moet vragen (richtlijn 3.10). Daar waar Recofa nog wel eens op de stoel van de wetgever lijkt te gaan zitten, is er in de richtlijnen voor schuldsaneringsregelingen geen bepaling opgenomen over het opsporen van actief. Een verplichting voor bijvoorbeeld een RDW-check (zie hierna) direct bij aanvang van de sanering zou niet misstaan in de Recofa-richtlijnen.

3. Zoeken naar vermogen?

In de speurtocht naar vermogen zal de bewindvoerder zich eerst richten op de gegevens genoemd in het verzoekschrift. Art. 285 Fw verwijst voor een opgave van ‘baten en schulden’ naar art. 96 Fw. Aan een boedelbeschrijving art. 96 Fw worden geen hoge eisen gesteld. Volgens ‘Tekst en Commentaar Insolventierecht’ is de beschrijving bedoeld ter oriëntatie. Daar art. 285 Fw verwijst naar artikel 96 Fw mag aangenomen worden dat ook een staat van baten en schulden bij het verzoekschrift een slechts oriënterend karakter heeft.

Meer houvast en een zwaardere verplichting voor saniet geeft de checklijst huisbezoek. Recofa-richtlijnen nr. 3.3.b gaat er vanuit dat de door de Raad voor Rechtsbijstand vastgestelde checklijst door saniet wordt ondertekend. Het niet vermelden van activa is saniet aan te rekenen.

Door het bijvoegen van de checklijst bij het aanvangsverslag heeft de bewindvoerder voldaan

aan de verplichting van artikel 324 Fw jo. 94 Fw voor het opmaken van een boedelomschrijving en art. 325 Fw voor het deponeren van de omschrijving bij de griffie. In de praktijk kan, afhankelijk van de rechtbank, worden volstaan met vermelding van gegevens over boedelsamenstelling in het aanvangsverslag.

Na al deze formaliteit begint het werk. In de hoedanigheid van bewindvoerder kan bij de RDW een uitdraai worden opgevraagd van de kentekens van voertuigen welke op naam van saniet staan geregistreerd en de historie over de voorgaande jaren. De mogelijkheid om digitaal te kunnen raadplegen zou een uitkomst zijn, maar de bewindvoerder is nu nog aangewezen op een schriftelijk verzoek. Overschrijven van kentekens naar derden, vooraf aan de sanering, komt regelmatig voor. De RDW verstrekt gegevens over alle voertuigen die op kenteken staan, dus ook caravans en aanhangwagens. Kentekenhouders zijn, houdt in de aansprakelijkheid voor het voertuig hebben. Een kentekenhouders hoeft geen eigenaar te zijn. Als de auto op de oprit van saniet staat, dan wordt op grond van art. 3:107 BW saniet vermoed bezitter te zijn. Mocht de kentekenhouders wel eigenaar zijn, dan is een check of er sprake is van pauliana op zijn plaats.

Het in eigendom hebben van een eigen woning is meestal wel bekend. Het eventueel bezitten van ander vastgoed en vooral het eigendom van vruchtgebruik blijkt vaak niet uit de stukken. Een check in het kadaster is een eenvoudige handeling, maar mag niet ontbreken.

Behalve de check van officiële registers als kadaster en handelsregister kunnen bronnen

op internet een schat van informatie opleveren. Via de site www.wieowie.nl worden behalve meerdere zoekmachines ook Hyves en Facebook geraadpleegd.

Naast de controle van de registers is de bewindvoerder vooral aangewezen op informatie welke via de postblokkade wordt ontvangen. Hierbij is de maand ‘januari’ de absolute oogstmaand. In het begin van het jaar ontvangt de bewindvoerder de jaargaven van financiële instellingen. Van niet afkoopbare lijfrentes tot de ‘vergeten’ spaarloonrekening. Veel verzekeringsproducten vallen niet onder het regime van art. 22a Fw juncto 295, lid 5 Fw en kunnen worden afgekocht. De vraag of een lijfrente kan worden afgekocht en wanneer dat onredelijk benadelend is, is niet eenvoudig. Voor nadere informatie verwijs ik naar A. van Eijsden ‘Rechtsvraag:’ *TvI* 2007, 35, p.179 en voor de fiscale gevolgen naar M.C.J. Kop – Afkoop van Lijfrentepolis: een optie? *SchuldSanering* 2006/5 p.24 e.v.

Kan de polis worden afgekocht dan wordt, nadat de afkoopwaarde is opgevraagd bij de verzekeraar, met overlegging van de stukken toestemming gevraagd aan de rechter-commissaris voor afkoop van de polis ten gunste van de boedel.

Bij saneringen waar sprake is van een inkomen op bijstandsniveau is een controle op toeslagen over de periode voor uitspraak vaak erg rendabel. Op huur- en zorgtoeslag zit een beslagverbod. Of vergoedingen over voorgaande perioden wel of niet tot het boedelvermogen behoren is uit de wet moeilijk af te leiden. Het VTLB-rapport stelt in artikel 4.17 dat dergelijke nabetalings tot het boedelvermogen behoren.

4. Een kijkje bij de belastingdienst

Mocht de bewindvoerder twijfel hebben over het vermogen van saniet of om een andere reden meer inzicht willen hebben, dan is een kijkje in het belastingdossier mogelijk. Voor de verstrekking van gegevens door de belastingdienst kan een beroep worden gedaan op de ontheffingsbepaling van lid 2 van art. 67 IW 1990, paragraaf 4.5.4. van het VIV 1993.

Bepalend is wel dat de belastingdienst gebaat is bij het verstrekken van de gegevens. Formeel dient er dus sprake te zijn van een schuldvordering van de belastingdienst.

De belastingdienst is vooral bij ondernemers een belangrijke leverancier van boedelactief. Door het fixatiebeginsel en de verrekeningsbeperking (artikel 307 Fw) kan de belastingdienst schuldvorderingen over tijdvakken voor datum schuldsanering niet verrekenen met teruggaven over tijdvakken na datum schuldsanering. Bij een verrekenbaar verlies wordt de carry-back eerst toegepast. Carry-back is verrekening van verlies met inkomen over de laatste drie jaar. Vaak komen restituties over deze periode toe aan de belastingdienst, omdat de verrekening wel mag plaatsvinden met restituties over tijdvakken voor datum schuldsanering. Als na de toepassing van de carry-back er nog verrekenbaar verlies resteert, dan wordt deze verrekend in de toekomst, we spreken dan over carry-forward. Met name als saniet in de jaren voorafgaand aan de sanering al verlies heeft geleden leidt de carry-back niet tot verdamping van het verlies. Het verlies blijft bestaan voor toekomstige inkomens tot negen jaar na het ontstaan van het verlies. Als saniet meer belasting betaalt

dan de hoogte van de heffingskorting, dan resulteert het verlies in een belastingrestitutie ten gunste van de boedel.

Als de bewindvoerder een vermoeden heeft dat verliesverrekening leidt tot een restitutie, dan loont het opmaken van een stakingsbalans of jaarrekening. Veelal kan de (voormalige) boekhouder of accountant een inschatting maken van de belastingrestitutie en een prijsopgave verstrekken voor de aangifte inkomstenbelasting. Als daaruit blijkt dat er voor de boedel een voordeel is te behalen, kan de rechter-commissaris toestemming worden

gevraagd de kosten voor rekening van de boedel te laten komen.

5. Conclusie

Beheer en vereffening van het actief is een kerntaak van de bewindvoerder en omvat een erg breed spectrum. Van afwikkeling zekerheidsrechten en pauliana tot het ontvangen van een restitutie zorgtoeslag. Al met al kan een schuldeiser zijn zegeningen tellen als een schuldenaar in plaats van minnelijk zijn schulden wettelijk gaat saneren.

04 - Vrijwaring bewindvoerder bij verkoop onroerend goed

Nelly van den Berg

1. Inleiding

U wordt benoemd tot Wsnp-bewindvoerder en in de boedel bevindt zich een eigen woning of een bedrijfspand in eigendom van schuldenaar. Hoe handelt u om te voorkomen dat u straks de boedel met een aansprakelijkheid opzadelt?

2. Inventarisatie en eerste acties

Over het algemeen zal de woning/het pand bezwaard zijn met een of meer hypotheek. Ook kunnen er (executoriale) beslagen door schuldeisers zijn gelegd. Om meteen een goed inzicht te krijgen hoe het er met hypotheek en beslagen voorstaat adviseer ik u om een volledig kadastraal uittreksel (inclusief vermelding hypotheek en beslagen) op te vragen bij het kadaster. Met het oog op de snelheid is een

abonnement op Mijn Kadasteronline aan te bevelen.

Vervolgens staat u voor de afweging of verkoop noodzakelijk is. Indien het gaat om het woonhuis van de saniet(en) zonder overwaarde en de rentelasten bovendien passen binnen het vrij te laten bedrag dan kunt u de rechter-commissaris verzoeken een beschikking af te geven op de grond van art. 303 lid 3 Fw. Er kan dan geen discussie meer ontstaan of de saniet de rente op de 'oude' (pre-Wsnp) hypotheekschuld tijdens de Wsnp wel (volledig) mag doorbetalen. Zie over deze discussie de noot bij HR 13 maart 2009 elders in dit tijdschrift. Wel is het belangrijk om de saniet(en) nadrukkelijk op de gevolgen te wijzen en hen, bij voorkeur schriftelijk, te laten verklaren dat ze accepteren dat door het afgeven van deze beschikking een eventuele onderwaarde van het woonhuis voor eigen rekening en risico blijft en niet onder de schone lei valt (aldus artikel 358 lid 3 Fw bij toepassing van art 303 lid 3 Fw).

3. Woning/bedrijfspand moet verkocht worden

Hierna ga ik er van uit dat verkoop van de woning nodig/onvermijdelijk is. U stelt dan de hypotheekhouder(s) zo spoedig mogelijk schriftelijk op de hoogte van de schuldsanering en u vraagt de 1e hypotheekhouder om u binnen een termijn van twee weken schriftelijk te laten weten of men gebruik wenst te maken van het recht van parate executie en zo ja of de hypotheekhouder (separatist) opteert voor een onderhandse verkoop. U deelt meteen mee dat u bereid bent mee te werken aan een onderhandse verkoop tegen een vergoeding conform de separatistenregeling¹. Verder is het belangrijk dat u er op wijst dat alle kosten waaronder taxatiekosten, kosten van instandhouding van de onroerende zaak, assurantiën en bewakingskosten voor rekening van de hypotheekhouder komen.

Aan de beslaglegger(s) deelt u schriftelijk mede dat het beslag op grond van art. 301 lid 3 Fw is vervallen en doet u het verzoek om het beslag bij de bewaarder van de openbare registers door te laten halen. Indien men hieraan niet meewerkt volstaat het dat u de notaris er voor de verkoop op wijst dat hij krachtens artikel 25 Kadasterwet het toelatingsvonnis ter inschrijving bij het kadaster kan aanbieden waardoor de bewaarder eveneens gerechtigd is het beslag door te halen. Een laatste mogelijkheid is dat u de rechter-commissaris verzoekt om op grond van art. 301 lid 3 Fw een verklaring af te geven. Ook op grond van deze verklaring is de bewaarder gerechtigd het beslag door te halen.

Indien de hypotheekhouder besluit tot een executieverkoop gaat deze volledig buiten de boedel om, u hoeft niet te tekenen en te leveren en heeft aldus ook geen recht op een boedelvergoeding. Voorts kan de hypotheekhouder ook overgaan tot een onderhandse verkoop krachtens art. 3:268 lid 2 BW. Hij dient zich hiervoor te wenden tot de Voorzieningenrechter. Ook dit gaat volledig buiten de boedel om en levert dus eveneens geen boedelbijdrage op, tenzij de hypotheekhouder u verzoekt een bijzondere dienst te verrichten. Een eventuele restschuld kan de hypotheekhouder als concurrente vordering (art. 299, lid 3 juncto art. 59 Fw) indienen die u uiteraard wel goed dient te controleren met name op een eventueel opgevoerde rentepost, die mogelijk slechts gedeeltelijk tot aan de schuldsanering mag worden doorberekend. Zie nogmaals HR 13 maart 2009 LJN BG7996 en de noot bij die uitspraak in dit tijdschrift.

4. Onderhandse verkoop

Over het algemeen zal de hypotheekhouder opteren voor een zo hoog mogelijke opbrengst en kiezen voor een onderhandse verkoop. U spreekt met de hypotheekhouder af dat u er voor kiest alleen de formele verkoophandelingen te verrichten en spreekt een redelijke vergoeding voor uw medewerking af. Onder formele verkoophandeling wordt o.a. verstaan het beoordelen van het taxatierapport, toetsen van een uitgebracht bod, het machtigingsverzoek tot verkoop en levering (onderbouwd met een advies) aan de rechter-commissaris, eventueel nader overleg met de rechter-commissaris,

alsmede het controleren en tekenen van de koopovereenkomst en de transportakte. In een niet al te complexe zaak is een separatistenvergoeding van € 1.500,00 redelijk². Hoe meer er van u verwacht wordt hoe hoger de vergoeding mag zijn. Voor nadere informatie verwijs ik naar de separatistenregeling.

Tenzij een recent en betrouwbaar taxatierapport beschikbaar is, dient er een taxatie te worden uitgevoerd op kosten van de hypotheekhouder die over het algemeen ook zelf de makelaar zal inschakelen. In het belang van de boedel kijkt u als bewindvoerder kritisch naar de keuze van de makelaar. Het spreekt voor zich dat de makelaar onafhankelijk, betrouwbaar en kritisch dient te zijn. U spreekt met de hypotheekhouder af dat u een kopie van het taxatierapport ontvangt alsmede de gegevens van de makelaar en neemt vervolgens zo spoedig mogelijk contact op met deze makelaar.

Het is belangrijk om meteen aan de makelaar uit te leggen dat hij te maken heeft met een voetstootse verkoop (art. 7:19 BW) en dat dit betekent dat u in de (voorlopige) koopovereenkomst en leveringsovereenkomst een aantal bepalingen wenst door te halen c.q. toe te voegen. Daarnaast is het belangrijk dat u doorgeeft hoe hij uw gegevens dient te verwerken in de tenaamstelling.

Als u dit alles reeds in het begin aan de makelaar te kennen geeft zult u weinig problemen ondervinden zodra hij een potentiële koper heeft gevonden. Hij kan de koper dan immers al meteen een juiste voorlopige koopovereenkomst voorleggen.

In een situatie waarin vóór de toelating tot de Wsnp reeds verkoop heeft plaats gevonden

maar nog niet is geleverd, is artikel 35 juncto art. 313 lid 1 Fw van toepassing. De levering kan niet plaats vinden en de (ver-)koop dient opnieuw gesloten te worden. U toetst de verkoopprijs aan de hand van een recent taxatierapport en laat in de nieuwe koopovereenkomst de vrijwaringsbepaling voor de boedel opnemen. Mocht de koopovereenkomst reeds staan ingeschreven in het kadaster, dan gaat de overeenkomst niet teniet door de toelating tot de Wsnp. De bewindvoerder moet in dat geval leveren, tenzij de koopovereenkomst op andere grond (bijv. art. 42 juncto art. 313 Fw) wordt vernietigd. Bij de leveringsakte kunt u alsnog de vrijwaring inbrengen.

In de situatie dat de makelaar niet van de schuldsaneringsregeling op de hoogte is en de koper al een voorlopige (standaard) overeenkomst getekend heeft die u achteraf gewijzigd wilt hebben dan moet de makelaar terug naar de koper die er niets van zal begrijpen, alsmaar achterdochtiger wordt en denkt dat er dan wel van alles mis zal zijn met de woning. De makelaar die bang wordt dat de koper gaat afhaken, zal vervolgens met u allerlei discussies aan gaan over wat de koper wel en niet wenst te wijzigen en de toon is gezet. Kortom, belangrijk is vooraf alles goed met de makelaar door te spreken, komt u er met hem niet uit dan kunt u altijd nog aan de bank vragen om te bemiddelen. Zij hebben er zeker belang bij dat het pand tegen een zo hoog mogelijke opbrengst wordt verkocht, maar kennen ook uw positie en als opdrachtgever aan de makelaar wil de tussenkomst van de bank over het algemeen wel baten.

5. De belangrijkste aanpassingen in de koop- c.q. leveringsovereenkomst

Wie moet in de akte worden vermeld als verkopende partij?

De verkopende partij is altijd de bewindvoerder q.q. In de koopakte dient als verkoper te worden vermeld: 'naam, voornamen bewindvoerder, wonende te.... kantoorhoudende te...(adres), te dezen handelende in zijn (haar) hoedanigheid van bewindvoerder in de schuldsaneringsregeling van (naam schuldenaar) (geboren op...) te...., hierna te noemen verkoper.'

In de leveringsakte wordt daaraan dan toegevoegd: 'als zodanig benoemd door de rechtbank teop (datum) en tot na te melden rechtshandelingen gemachtigd door de rechter-commissaris in gemelde schuldsaneringsregeling op (datum) blijkende van gemelde machtiging uit...'

Vrijwaringsbepaling

U dient de bepalingen in de koop- en leveringsakte kritisch te bekijken en een vrijwaring voor de boedel op te nemen in de koop- en leveringsakte waaruit blijkt dat sprake is van een verkoop in de zin van art. 7:19 BW. Dat kan bijvoorbeeld met de tekst:

'Vrijwaring voor de boedel. De bewindvoerder verklaart dat hij de te leveren onroerende zaak nimmer heeft bewoond en uit dien hoofde niet bekend is met – of iets kan verklaren omtrent – de staat waarin de onroerende zaak zich bevindt en het gebruik dat hiervan door koper kan worden gemaakt. De bewindvoerder aanvaardt dan ook geen enkele aansprakelijkheid ten aanzien van de krachtens

genoemde koopovereenkomst bij deze akte te leveren onroerende zaak. Koper vrijwaart de bewindvoerder terzake uitdrukkelijk.

De koop wordt aangemerkt als een koop bedoeld in art. 7:19 BW.

Verkoop vindt uitsluitend plaats onder voorbehoud van toestemming rechter-commissaris alsmede toestemming hypotheekhouder'.

Voor de boedel bezwarende bepalingen

In de standaard koopakte staat een aantal bepalingen dat (zeer) bezwarend is voor de boedel. Bij het aanpassen en aanvullen van de concrete bepalingen geldt uitdrukkelijk dat u uw positie en uw kennis omtrent de kwaliteiten van de onroerende zaak kenbaar dient te maken. Indien u bijvoorbeeld weet dat er wel een ondergrondse tank, of asbest aanwezig is dient u dit naar beste weten te vermelden.

De bepalingen waarvoor u niet kunt instaan omdat u er geen weet van heeft, kunt u het beste laten doorhalen. Te denken valt o.a. aan de bepalingen ten aanzien van:

- door de overheid of nutsbedrijven voorgeschreven verbeteringen of herstellingen die nog niet zijn uitgevoerd;
- de bekendheid met een aanwijzingsbesluit;
- bepaling omtrent de Wet voorkeursrecht;
- bepaling betreffende de lasten van voorgaande jaren.

Een bepaling waarin u als verkoper verklaart de zaak voor uw rekening te herstellen etc. kan erg bezwarend zijn voor de boedel. Geadviseerd wordt dit artikel altijd door te laten halen.

Wanneer u er voor kunt in staan dat de zaak leeg en ontruimd kan worden opgeleverd kunt u die bepaling laten staan. Zo niet dan is doorhaling

aan te bevelen. Hetzelfde geldt voor een bepaling dat verkoop geschiedt onder gestanddoening van een huurovereenkomst.

Bij twijfel over de noodzakelijke aanpassingen kunt u ook eerst overleggen met de rechter-commissaris.

6. Tot slot

Niemand kan u dwingen om een overeenkomst te tekenen waarin u als bewindvoerder onvoldoende gevrijwaard wordt door de koper. Laat u niet beïnvloeden door 'dreigementen' van aansprakelijkheidsstelling als u in de ogen van de koper c.q. makelaar,

c.q. hypotheekhouder onvoldoende meewerkt door bovenstaande aanpassingen te laten doorvoeren.

Zowel u als de hypotheekhouder heeft er baat bij dat de opbrengst zo hoog mogelijk is. Echter beide partijen moeten zich realiseren dat dit nooit tot gevolg mag hebben dat de boedel hierdoor onafgedekte aansprakelijkheidsrisico's loopt.

1 Zie www.rechtspraak.nl

2 De *separatistenregeling* noemt voor deze situatie een bedrag tussen € 1.000,- en € 2.500,-.

05 -Nieuwe kansen voor de bewindvoerder WSNP

Geert Benedictus

Daar waar men in Den Haag druk bezig is met de voorbereidingen en de invoer van de wet Gemeentelijke Schuldhulpverlening (Kamerstukken 32.291) komt er van de zijde van het Ministerie van Justitie een initiatief waarbij de schuldhulpverlening erg gebaat is.

Bij de laatst uitgebrachte Monitor WSNP aan de Tweede Kamer heeft het Ministerie van Justitie een lans gebroken voor 'haar' bewindvoerders. Justitie heeft laten weten de bewindvoerder breder te gaan inzetten. Genoemd is ondermeer het benoemen van bewindvoerders WSNP in faillissementen van kleine ondernemingen (natuurlijke personen). Tijdens de PAO 'Actualiteiten WSNP' van de Universiteit Leiden maakte mr. G. Lankhorst vorige maand bekend dat er ver gevorderden

plannen zijn om bewindvoerders te gaan aanmerken als 'juridisch dienstverlener' zodat de Raad van Rechtsbijstand toevoegingen kan afgeven voor het aanvragen van voorlopige voorzieningen en dwangakkoorden. De Raad voor Rechtsbijstand pakt de plannen voortvarend op door direct al een pilot aan te kondigen waarin de plannen worden getest.

Het is aan de individuele bewindvoerder om deze kansen in de praktijk te benutten. Maar hoe komt de bewindvoerder aan nieuwe klanten en hoe profileert de bewindvoerder zich in de markt? Voor de bakker om de hoek geldt dat de beste reclame de mond op mond reclame is. Dat geldt mijn inziens ook voor de bewindvoerder. Probeer rustig te starten en zoek contacten met maatschappelijk werk en andere instanties die dagelijks te maken hebben met onze doelgroep schuldenaren. Zoek een geschikte zaak om mee te beginnen en doe eerst ervaring op voordat je teveel naar buiten treedt met de 'nieuwe activiteit'. Investeer in kennis en vorm

desnoods met collega's een 'kennisgroep'. Het aanvragen van een dwangakkoord art 278a Fw of een VoVo steekt erg nauw. Er is erg veel jurisprudentie beschikbaar over afwijzingen. Misschien dat de aanbieders van PE-opleidingen nog op de markt inspelen met een cursus waarin zowel juridische als praktische kennis wordt overgedragen.

Het inzetten van bewindvoerders als curator is erg afhankelijk van het beleid van de verschillende rechtbanken. Op initiatief van mr. H.H. Dethmers is vorig jaar in SSR te Utrecht een bijeenkomst georganiseerd over dit

onderwerp. Voor zover mij bekend worden in Zuid-Nederland al regelmatig bewindvoerders benoemd tot curator van kleine ondernemingen. In het arrondissement Leeuwarden komt het regelmatig voor dat een doorstart van een onderneming wordt uitgevoerd via de WSNP, terwijl de wetgever deze rol had weggelegd voor de surseance. Ook hier liggen kansen voor de 'MKB bewindvoerder'. De surseance is in wisselwerking met de WSNP een prachtig gereedschap, nu nog bedekt met een dikke laag stof. Hierover meer in de volgende uitgave van WSNP Periodiek.

06 -Hoger beroep bij niet-ontvankelijk verklaring van een Wsnp-verzoeker

Berend Engberts

Hoge Raad 29 januari 2010, LJN BK4947, NJ 2010, 69

1. Samenvatting

In zijn arrest van 29 januari 2010 oordeelt de Hoge Raad dat een niet-ontvankelijk verklaring van een Wsnp-verzoeker wegens overschrijding van de 14-dagen termijn van art. 3 lid 1 Fw een afwijzing inhoudt in de zin van art. 292 lid 3 Fw. Daarom kan daarvan hoger beroep worden ingesteld.

2. De casus

Op 24 november 2008 wordt het faillissement van X aangevraagd. Bij brief van 26 november 2008 heeft de griffier de

kennisgeving als bedoeld in art. 3 lid 1 Fw aangetekend met bericht van ontvangst aan X verzonden. Dit gebeurt tegelijk met de oproep voor de behandeling van het faillissementsverzoek op 23 december 2008. De rechtbank heeft de behandeling van het verzoek aangehouden. Vervolgens heeft X op 5 januari 2009 een verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsregeling ingediend, waarop de rechtbank het verzoek tot faillietverklaring van X heeft geschorst. De rechtbank heeft X in zijn Wsnp-verzoek niet-ontvankelijk verklaard, omdat hij niet aannemelijk heeft gemaakt dat het overschrijden van de termijn van veertien dagen van art. 3 Fw (zie de andere noot bij dit arrest) niet aan hem is toe te rekenen. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank. X gaat hiervan in cassatie. De advocaat-generaal bij de Hoge Raad werpt zelf de vraag op of hoger beroep (en dus ook hoger beroep in cassatie) open staat tegen de niet-ontvankelijk verklaring door de rechtbank, welke door het hof was bekrachtigd. De Hoge Raad oordeelt dat de beslissing van

de rechtbank een afwijzing als bedoeld in art. 292 lid 3 Fw inhoudt en dat daarvan hoger beroep open staat.

3. Toelichting

Deze uitspraak gaat (onder meer) over de vraag of hoger beroep openstaat van een niet-ontvankelijk verklaring van een Wsnp-verzoeker. In dit geval baseerde het hof de niet-ontvankelijk verklaring op de overschrijding van de – naar het oordeel van de rechtbank – fatale 14-dagen termijn van art. 3 lid 1 Fw. Zie daarover de tweede noot in dit tijdschrift over hetzelfde HR-arrest. Uit de bewoordingen die de Hoge Raad kiest (zie ook de kop in het NJ bij dit arrest) in samenhang met de conclusie van de advocaat-generaal mag mijns inziens worden afgeleid dat deze beslissing alle niet-ontvankelijk verklaringen van Wsnp-verzoekers betreft. Anders gezegd: als een niet-ontvankelijk verklaring wegens overschrijding van de termijn als afwijzing heeft te gelden, geldt dat mijns inziens ook voor een niet-ontvankelijk verklaring omdat de stukken niet compleet zijn. Zo'n niet-ontvankelijk verklaring is gebaseerd op het op 1 januari 2008 ingevoerde art. 287 lid 2 Fw. Met deze bepaling is meer nadruk gelegd op de complete aanlevering van de stukken. In art. 292 Fw is bepaald dat een Wsnp-verzoeker van een uitspraak tot afwijzing van het verzoek in hoger beroep kan komen. Met de wijziging van art. 287 lid 2 Fw is daaraan niet toegevoegd dat ook hoger beroep kan worden ingesteld van een niet-ontvankelijk verklaring. De Faillissementswet kent een zogeheten gesloten stelsel van rechtsmiddelen (art. 360 Fw). Daarmee wordt bedoeld dat je alleen van een beslissing in hoger beroep kunt

als dat uitdrukkelijk in de Faillissementswet is toegestaan. Op grond hiervan is door diverse hoven geoordeeld dat hoger beroep van een niet-ontvankelijk verklaring op grond van art. 287 lid 2 Fw niet mogelijk is.¹ Met de uitspraak van de Hoge Raad d.d. 29 januari 2010 kan die jurisprudentie zoals aangegeven waarschijnlijk in de prullenbak. Een Wsnp-verzoeker kan dan wel in hoger beroep en heeft dan nog wat tijd om de ontbrekende stukken (voor de behandeling van het Wsnp-verzoek in hoger beroep) te verkrijgen. Ik schrijf 'waarschijnlijk' omdat ik heb vernomen dat er binnen de hoven discussie is over de vraag of deze uitspraak – die over een termijnoverschrijding gaat – ook toepasselijk is op een niet-ontvankelijk verklaring wegens het ontbreken van de stukken.

Achteraf gezien komt de beslissing van de Hoge Raad niet helemaal uit de lucht vallen. Eerder had hij namelijk al bepaald dat je beroep in cassatie kan instellen als het hof de verzoeker/schuldenaar niet-ontvankelijk heeft verklaard wegens overschrijding van de beroepstermijn en/of het niet tijdig indienen van de beroepsgronden (zie HR 12 juli 2002, LJN AE3344, NJ 2002, 532). En in een arrest van 27 februari 2009, LJN BG9914 had de Hoge Raad een Wsnp-verzoeker die door rechtbank en hof niet-ontvankelijk was verklaard in zijn verzoek omdat de stukken niet compleet waren (art. 287 lid 2 Fw) wel in het beroep in cassatie ontvangen.

¹ Hof Amsterdam 27 maart 2008, LJN BC8595, Hof Den Haag 24 juni 2008, LJN BD8769 en Hof Den Bosch 7 november 2008, LJN BG3755.

07 - De 14-dagen termijn van art. 3 Fw

Berend Engberts

Hoge Raad 29 januari 2010, LJN BK4947, NJ 2010, 69

1. Samenvatting

Bij een faillissementsaanvraag van een particuliere schuldenaar krijgt deze 14 dagen de tijd om een Wsnp-verzoek in te dienen (art. 3 Fw). Als zo'n verzoek wordt ingediend gaat de behandeling voor die van de faillissementsaanvraag. In dit arrest oordeelt de Hoge Raad dat deze 14-dagen termijn geen 'fatale' termijn is. Een Wsnp-verzoek heeft – dus ook als deze ná genoemde termijn is ingediend – voorrang zolang de schuldenaar nog niet failliet is verklaard. Deze regel geldt ook als hoger beroep is ingesteld tegen de afwijzing van een faillissementsverzoek en de schuldenaar alsnog een Wsnp-verzoek indient (HR 6 april 2007, LJN AZ7774, NJ 2007, 205).

2. De casus

Rechtbank en hof

Op 24 november 2008 wordt het faillissement van X aangevraagd. Bij brief van 26 november 2008 heeft de griffier de kennisgeving als bedoeld in art. 3 lid 1 Fw aangetekend met bericht van ontvangst aan X verzonden. Dit gebeurt tegelijk met de oproep voor de behandeling van het faillissementsverzoek op 23 december 2008. De envelop is op 28 november 2008 aan het woonadres van X aangeboden door TNT Post. Er wordt niemand aangetroffen. De

envelop is vervolgens met inhoud aan de rechtbank teruggestuurd met de mededeling "Niet afgehaald". X heeft binnen de termijn van 14 dagen geen Wsnp-verzoek ingediend. X is, in verband met een bruiloft van zijn schoonouders te Spanje, niet op de zitting van 23 december 2008 bij de rechtbank verschenen. De rechtbank houdt de behandeling van het verzoek aan. Vervolgens heeft X op 5 januari 2009 een Wsnp-verzoek ingediend. De rechtbank verklaart X daarop in dat verzoek niet-ontvankelijk, omdat hij niet aannemelijk heeft gemaakt dat het overschrijden van de termijn van 14 dagen niet aan hem is toe te rekenen.

In hoger beroep heeft X betoogd dat de in art. 3 Fw genoemde termijn van 14 dagen geen fatale termijn is zodat zijn Wsnp-verzoek wel tijdig was ingediend nu op dat moment nog niet op het faillissementsverzoek was beslist. Het hof verwerpt dit standpunt en oordeelt op grond van de tekst en de strekking van art. 3 Fw dat wel sprake is van een fatale termijn. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

Hoge Raad

De Hoge Raad oordeelt dat de art. 3 en 3a Fw ertoe strekken dat een faillissement van een natuurlijk persoon zoveel mogelijk wordt tegengegaan. Op grond daarvan concludeert de Hoge Raad dat de termijn van 14 dagen géén fatale termijn is. De natuurlijke persoon van wie de faillietverklaring is verzocht, kan een Wsnp-verzoek indienen zolang de behandeling van het faillissementsverzoek nog niet is gesloten. Dat is ook mogelijk indien het faillissementsverzoek, nadat het door de rechtbank is afgewezen, in hoger beroep wordt behandeld. Is eenmaal het faillissement

uitgesproken, dan kan de schuldenaar — ook indien hij hoger beroep heeft ingesteld tegen het vonnis tot faillietverklaring — alleen binnen de in art. 15b Fw (verzoek tot omzetting) vermelde grenzen om toepassing van de schuldsaneringsregeling verzoeken.

3. Toelichting

Bij een faillissementsaanvraag van een particuliere schuldenaar moet de griffier de schuldenaar direct bij brief informeren dat hij binnen 14 dagen na de dag van de verzending van die brief een Wsnp-verzoek kan indienen (art. 3 Fw). De bedoeling van deze bepaling is om het faillissement van een particulier te voorkomen. Wordt zo'n Wsnp-verzoek niet ingediend dan kan de schuldenaar alleen nog omzetting van het faillissement in een Wsnp vragen als niet geoordeeld kan worden dat de schuldenaar dat Wsnp-verzoek achterwege heeft gelaten wegens hem tot te rekenen omstandigheden (art. 15b lid 1 Fw). De failliet zal de rechter er dus van moeten overtuigen dat hij geen Wsnp-verzoek heeft gedaan wegens omstandigheden die niet aan hem zijn toe te rekenen. Te denken valt aan de situatie dat de failliet of een naast familielid ernstig ziek was. De Hoge Raad heeft eerder bepaald dat alleen naar de omstandigheden in die 14 dagen termijn gekeken moet worden (HR 10 juni 2005, LJN AS9036). Daarom moet die 'griffiersbrief' aangetekend en met ontvangstbevestiging worden verzonden.¹ Als dat niet gebeurt, kan ook niet worden vastgesteld wanneer de 14-dagen termijn is begonnen en zijn de kansen voor de gefailleerde de 'horde' van art. 15b lid 1 te nemen gek genoeg veel groter. Ik kom daar nog op terug.

De 14 dagen-regel (art. 3 Fw) leverde vanaf het begin veel praktische problemen op. De wetgever heeft met deze bepaling namelijk over het hoofd gezien dat het in de regel veel langer dan 14 dagen duurt voordat een Wsnp-verzoek kan worden ingediend. In feite is het zelfs onmogelijk om zo'n compleet verzoek binnen die termijn in te dienen, want hoe kan binnen zo'n termijn een minnelijk traject doorlopen worden? Zelfs het maken van een goed overzicht van inkomsten en uitgaven en van de schulden binnen die termijn zal in de praktijk een hele klus zijn. Dit probleem is met de wetwijziging van 1 januari 2008 alleen maar groter geworden. Tot die tijd kon een schuldenaar voorlopig tot de Wsnp worden toegelaten waarna er alle (rechtbanken gingen hier soepel mee om) tijd was de rechtbank later — als over de definitieve toepassing beslist moest worden — volledig te informeren. Bovendien is met die wetwijzigingen meer dan voorheen de nadruk komen te liggen op het indienen van alle bij een Wsnp-verzoek horende stukken en eist art. 288 lid 2 onder b Fw met zoveel woorden dat daadwerkelijk een minnelijk traject moet zijn doorlopen.

Als klap op de vuurpijl oordeelden veel rechters bovendien dat de termijn van art. 3 een zogeheten 'fatale termijn' is. Anders gezegd: als het Wsnp-verzoek ná die termijn binnenkwam werd geoordeeld dat dit verzoek de (verdere) behandeling van het faillissementsverzoek niet kon blokkeren en werd dat faillissementsverzoek gewoon in behandeling genomen. In andere gevallen werd de Wsnp-verzoeker niet-ontvankelijk verklaard en direct daarna — hoger beroep stond niet open werd toen nog geoordeeld (zie artikel 06 in dit tijdschrift) — failliet verklaard.

Dat alles is met deze uitspraak niet meer mogelijk. Een schuldenaar kan de verdere behandeling van het faillissementsverzoek voorkomen door vóór de behandeling van dat verzoek een Wsnp-verzoek in te dienen. Het vreemde is overigens dat de 'griffiersbrief' door deze uitspraak feitelijk misleidend is als daarin staat dat alleen binnen genoemde termijn een Wsnp-verzoek kan worden ingediend.

De uitspraak van de Hoge Raad lost echter niet het probleem op dat het indienen van een volledig Wsnp-verzoek veel tijd kost. Het achterwege laten van een Wsnp-verzoek is geen optie als de schuldenaar op termijn tot de Wsnp wil worden toegelaten. Als de schuldenaar het erbij laat zitten en hij wordt failliet verklaard, kan dat faillissement immers alleen in een Wsnp worden omgezet als de schuldenaar dat Wsnp-verzoek niet heeft gedaan wegens omstandigheden (in de 14 dagen na de 'griffiersbrief') die hem redelijkerwijs niet kunnen worden toegerekend en daar is niet snel sprake van.

Hier zal de praktijk zijn weg moeten vinden. Er zijn diverse mogelijkheden:

De rechtbank hanteert een ruime termijn voor het aanvullen van de stukken. Nadeel is dat het dan heel lang duurt voor een insolventieprocedure (faillissement of Wsnp) wordt geopend. De griffier verzendt de brief met de 14-dagen termijn niet per aangetekende post. Een schuldenaar kan dan altijd vragen het faillissement om te zetten in een schuldsaneringsregeling.² Een variant hierop is dat in de brief geen termijn wordt genoemd.

Als de schuldenaar niet betwist dat hij in staat van faillissement verkeert, kan worden 'afgesproken' dat op het faillissementsverzoek wordt beslist en dat daarbij uitdrukkelijk

wordt bepaald dat het recht bestaat om nadien omzetting in een Wsnp in te dienen. Hiermee wordt als het ware bij voorbaat vastgelegd dat de schuldenaar aan het criterium van art. 15b Fw voldoet.³

De rechter gaat soepel om met het in art. 15b Fw genoemde criterium of negeert dat criterium zelfs. Mij is bekend dat de rechtbanken Amsterdam en Arnhem⁴ deze koers volgen. Dit betekent dat een omzettingsverzoek altijd inhoudelijk wordt beoordeeld en niet op formele gronden wordt afgewezen.

Deze oplossingen nemen niet weg dat we te maken hebben met een onvolkomen, niet goed afgewogen regeling in art. 3 en 15b Fw. Voorlopig hebben we het ermee te doen en zal de schuldenaar blij zijn met een soepele en praktische wetstoepassing door de rechter.

1 HR 12 oktober 2007 LJN BA7958.

2 Dit volgt uit het in noot 1 genoemde arrest.

3 Zie in gelijke zin P.A.M. Penders Niet-ontvankelijk hoger beroep, SchuldSanering 2009-4, p. 12 e.v. Zie ook — niet expliciet — Rb Rotterdam 21 februari 2008 LJN BC5192.

4 De hoven Amsterdam en Arnhem zitten overigens niet op die lijn.

08 -Niet-nakomen verplichtingen door de schuldenaar en verwijtbaarheid

Berend Engberts

Hoge Raad 12 juni 2009, LJN BI0455, NJ 2009, 270

1. Samenvatting

Voor tussentijdse beëindiging van een Wsnp wegens het niet nakomen van de Wsnp-verplichtingen (art. 350 lid 3 aanhef en onder c Fw) is vereist dat de schuldenaar daarvan (enig) verwijt kan worden gemaakt. Het gaat telkens om de vraag of, in het licht van de overige omstandigheden van het geval, de gedragingen een duidelijke aanwijzing vormen dat bij de schuldenaar de van hem te vergen medewerking aan een doeltreffende uitvoering van de schuldsaneringsregeling ontbreekt.

2. De casus

Rechtbank en hof

X wordt in 2004 tot de schuldsaneringsregeling toegelaten. In 2008 verzoekt de bewindvoerder deze tussentijds te beëindigen. De aanleiding is dat X de bewindvoerder geen stukken voor verlenging van de ontheffing van de sollicitatieverplichting heeft verstrekt en hem ook geen inlichtingen over zijn werk, waaronder loonspecificaties, heeft verschaft. Bij vonnis d.d. 21 mei 2008 beslist de rechtbank de schuldsanering op grond van art. 350 lid 3, sub c Fw te beëindigen.

X gaat in hoger beroep en brengt onder meer naar voren (i) dat hij analfabeet is en niet in staat

is brieven van de bewindvoerder te lezen, zodat hem niet te verwijten is dat hij niet op brieven van de bewindvoerder heeft gereageerd, (ii) dat hij veel psychische problemen heeft als gevolg van traumatische gebeurtenissen (oorlog in Irak) en (iii) dat hij zijn familie en gezin mist en veel stressklachten ervaart die hem verhinderen zijn leven te organiseren en adequaat te reageren op verzoeken van zijn bewindvoerder. Bij confrontatie met problemen die 'boven zijn pet gaan', raakt hij in de war en vergeet hij veel. Zijn zware depressiviteit hinderen hem in de nakoming van zijn schuldsaneringsverplichtingen. Hij is al enige tijd onder behandeling van zijn huisarts. De verdere behandeling van X komt nu op gang, en cognitieve gedragstherapie neemt een aanvang en er zal worden gewerkt aan een sociaal vangnet en verdere begeleiding.

De bewindvoerder bestrijdt in hoger beroep dat er sprake is van analfabetisme bij X en spreekt zijn verbazing erover uit dat er, hoewel al sinds de aanvang van de schuldsaneringsregeling een beroep op de psychische situatie bij X wordt gedaan, behalve hulp van de huisarts geen enkele andere hulp wordt verstrekt. Voor het regelen van zijn financiën had X reeds geruime tijd hulp kunnen vragen. Het is niet reëel te denken dat er in de toekomst verandering in de situatie zal komen.

Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank. Daartoe overweegt het hof onder meer dat ook in hoger beroep is gebleken dat X zijn uit de schuldsanering voortvloeiende informatie- en sollicitatieverplichting niet naar behoren is nagekomen en dat op deze grond de schuldsaneringsregeling beëindigd dient te worden. *Hoewel X aannemelijk heeft gemaakt dat het niet nakomen van zijn uit de schuldsanering voortvloeiende verplichtingen verband houdt met*

zijn ernstige psychische problemen, is het hof van oordeel dat hierdoor wel de uitvoering van de schuldsaneringsregeling ernstig wordt belemmerd. Nu een sociaal vangnet nog moet worden opgezet en er nog geen concreet behandelplan is opgesteld voor zijn psychische problemen, is thans ook niet te overzien of X binnen redelijke tijd wel in staat zal zijn om aan zijn uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen te voldoen.' Van omstandigheden op grond waarvan de schuldsaneringsregeling zou moeten voortduren is, aldus het hof, onvoldoende gebleken.

Hoge Raad

De Hoge Raad vernietigt het arrest en stelt daarbij voorop dat als maatstaf voor beëindiging van de schuldsaneringsregeling op de gronden, vermeld in art. 350 lid 3, aanhef en onder c Fw, heeft te gelden of, in het licht van de overige omstandigheden van het geval, de daargenoemde gedragingen een duidelijke aanwijzing vormen dat bij de schuldenaar de van hem te vergen medewerking aan een doeltreffende uitvoering van de schuldsaneringsregeling ontbreekt. Mede gelet op de totstandkomingsgeschiedenis van deze bepaling en de voorganger daarvan ligt hierin besloten dat voor toepassing van de bedoelde opheffingsgronden vereist is dat de schuldenaar van zijn gedragingen een verwijt kan worden gemaakt.

De Hoge Raad oordeelt dat het hof met zijn arrest hetzij een onjuiste rechtsopvatting hanteert (verwijtbaarheid niet vereist) danwel het oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd als het ervan is uitgegaan dat voor opheffing van de schuldsaneringsregeling op de voet van art. 350 lid 3, aanhef en onder c Fw, verwijtbaarheid wél is vereist. In dat geval is het hof blijkbaar

van oordeel geweest dat niet aannemelijk is dat het niet-nakomen door de schuldenaar van zijn uit de schuldsanering voortvloeiende verplichtingen veroorzaakt wordt door zijn ernstige psychische problemen. Dat is volgens de Hoge Raad in het licht van de stukken van het geding onbegrijpelijk.

3. Commentaar

Als het gaat om het nakomen van de zogeheten Wsnp-verplichtingen is wel betoogd dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen inspannings- en resultaatsverplichtingen. Ook uit een aantal arresten van hoven was af te leiden dat tot op zekere hoogte sprake is van resultaatsverplichtingen. De Hoge Raad maakt in dit arrest een einde aan die discussie en oordeelt dat bij een tussentijdse beëindiging wegens niet-nakomen van de verplichtingen sprake moet zijn van verwijtbaarheid. Dat is niet helemaal nieuw in die zin dat de Hoge Raad eerder had beslist dat het niet-nakomen (en de wijze waarop) een duidelijke aanwijzing moet(en) vormen dat bij de schuldenaar de van hem te vergen medewerking aan een doeltreffende uitvoering van de schuldsaneringsregeling ontbreekt. Zie bijvoorbeeld HR 15 februari 2002 NJ 2002, 259 en HR 4 november 2005, LJN AT5574, NJ 2006, 135.

In deze zaak is echter nog duidelijker dan voorheen beslist dat bij beëindiging van een schuldsaneringsregeling wegens het niet-nakomen van Wsnp-verplichtingen de schuldenaar daarvan een verwijt moet (kunnen) worden gemaakt. Bij dat oordeel verwijst de Hoge Raad naar de wetsgeschiedenis zoals beschreven door de advocaat-generaal in zijn conclusie bij dit arrest. In die conclusie

wordt verwezen naar de toelichting die bij de invoering van de schuldsaneringsregeling is gegeven bij art. 350 lid 3, aanhef en onder c Fw. Daarin is vermeld dat het in deze bepaling in wezen gaat “om gedrag van de schuldenaar dat in de gegeven omstandigheden als niet te goeder trouw kan worden geschetst.” Ook wordt verwezen naar enkele passages bij de toelichting op het wetsvoorstel dat tot de wijzigingen per 1 januari 2008 heeft geleid. Daarin wordt onder meer gesproken van verwijtbare redenen op grond van art. 350, derde lid onder c, d, e, f en g Fw.

Overigens kan het niet-nakomen van de Wsnp-verplichtingen wegens psychische problemen onder omstandigheden wel degelijk aan de schuldenaar worden verweten. Dit valt af te leiden uit een arrest van de Hoge Raad van 20 oktober 2006, LJN AY8310, NJ 2006, 572. In die zaak ging het om een schuldenaar die evenmin aan zijn inlichtingenplicht voldeed. Hij deed een beroep op psychische problemen en legde daarbij een brief over van een psychiater waaruit bleek dat hij leed aan het zogeheten Klinefelter syndroom. Door dit syndroom – zo schreef de behandelend psychiater – was sprake van oververmoeidheid, een chronisch tekort aan daadkracht, een gemis aan volhardingsvermogen en een gebrek aan energie. Voor de schuldenaar waren opgelegde verplichtingen wel de moeite om na te komen maar vervaagde de tijd deze afspraken met zichzelf (schuldenaar) al snel. Het hof had de Wsnp van schuldenaar desondanks tussentijds beëindigd. De Hoge Raad vatte dit oordeel aldus samen dat de bijzondere omstandigheden waarin de schuldenaar als gevolg van zijn aandoening verkeerde, er niet aan in de weg stonden dat van hem redelijkerwijze

kon worden geveerd dat hij hetzij zelf, hetzij met hulp van derden de bewindvoerder tijdig en in voldoende mate informeerde en liet dit oordeel in stand.¹

Ook in deze zaak dringt zich de gedachte op dat van X – ondanks zijn genoemde psychische problemen en persoonlijke omstandigheden – redelijkerwijs verwacht mocht worden dat hij zelf of desnoods met behulp van derden de bewindvoerder in elk geval beter zou informeren. Op deze lijn zat de rechtbank. Ik vraag mij af of het arrest van het hof ook was vernietigd indien de motivering daarop was gebaseerd. Algemeener gezegd: als de feitenrechter oordeelt dat het gedrag van de schuldenaar ‘verwijtbaar’ is, dan zal de HR daar niet in treden.

Uit een arrest van Hof Den Haag (14 mei 2009, LJN BI6726) blijkt overigens dat in sommige gevallen het niet-nakomen van de verplichtingen werkelijk niet aan schuldenaar verweten kan worden. In deze zaak betrof het een schuldenaar die enkele maanden na toelating tot de schuldsaneringsregeling onder curatele was gesteld wegens geestelijke stoornis en die op de wachtlijst stond voor een zogeheten gesloten woonvorm. Ondanks de ondercuratelestelling waren nieuwe schulden ontstaan. Het hof overwoog dat voldoende aannemelijk was dat sprake was van een dusdanig ernstige geestelijke stoornis dat het ontstaan van deze nieuwe schulden niet aan de schuldenaar was toe te rekenen.

¹ Zie bijvoorbeeld HR 22 december 2009, LJN BK3576.

09 -Hypothecenschuld en schuldsanering

Arnoud Noordam

Hoge Raad 13 maart 2009, LJN BG7996, NJ 2009, 203; nt. PvS

1. Samenvatting

In zijn uitspraak van 13 maart 2009 oordeelde de Hoge Raad (HR) dat een ‘hypothecaire vordering bij beëindiging van de schuldsaneringsregeling niet onder de ‘schone lei’ valt’. Om een einde te maken aan de discussies en problemen rondom de werking van de schone lei ten aanzien van hypothecschulden voor de financiering van het woonhuis van de saniet en de rentebetaling op hypothecschulden heeft de wetgever per 1 januari 2008 twee nieuwe wetsartikelen ingevoerd. In het arrest van 13 maart 2009 spreekt de HR zich zeer nadrukkelijk uit over de nieuwe wetsartikelen: de artikelen 303 lid 3 Fw (betaling van hypotheekrente tijdens de Wsnp met toestemming r-c) en 358 lid 5 (dan valt de hypothecschuld niet onder de schone lei) zijn volgens de HR overbodig. De uitspraak lijkt op het eerste gezicht helder: een hypothecschuld valt niet onder de schone lei. Echter, de algemene bewoordingen die de HR kiest, roepen onder meer de vraag op of de HR onder de ‘hypothecaire vordering’ ook de concurrente schuld begrijpt die resteert na executie door de bank of verkoop van het woonhuis door de bewindvoerder.

2. De casus

De schuldenaar sloot in 1998 een hypotheeklening af bij de ING Bank voor

een bedrag van f 95.000, naar aan te nemen valt voor de aankoop van zijn woonhuis. In 2000 is op de schuldenaar de wettelijke schuldsaneringsregeling van toepassing verklaard. In 2002 verkreeg de schuldenaar de schone lei. Het woonhuis is tijdens de Wsnp niet verkocht. In 2003, na de beëindiging van de Wsnp, sloot de schuldenaar een nieuwe hypotheeklening van € 122.000, ook bij de ING. Met deze nieuwe hypotheeklening loste de schuldenaar de nog openstaande, oude hypothecschuld van € 46.563 geheel af. De schuldenaar trekt de stoute schoenen aan en dagvaardt ING in 2004. De schuldenaar neemt twee stellingen in:

Ten eerste: de afbetaling van € 46.563 door de schuldenaar aan de ING Bank in 2003 was onverschuldigd wegens de schone lei in 2002 aan de schuldenaar verleend, en

Ten tweede: de rentebetalingen aan de ING tijdens de looptijd van de Wsnp waren nietig op grond van art. 306 Fw.

3. Uitspraak van de Hoge Raad 13 maart 2009

Art. 299 Fw bepaalt ten aanzien van welke schulden de schuldsaneringsregeling werkt. De HR besteedt veel aandacht aan de wetsgeschiedenis van art. 299 Fw. In het wetsvoorstel voor de Wsnp uit de jaren 1992/1993 luidde art. 299 lid 3 oorspronkelijk als volgt:

‘De schuldsanering werkt niet ten aanzien van vorderingen, welke door pand of hypotheek op een goed of goederen zijn gedekt, behoudens voor zover zij niet op die goederen verhaald

kunnen worden. [1e zin]

De artikelen 57 tot en met 60 zijn van overeenkomstige toepassing. [2e zin]

Bij een latere wijziging is de eerste zin geheel geschrapt en bleef alleen de tweede, nog aangepaste schakelbepaling over: de wettekst ingevoerd in 1998 verklaarde slechts de artikelen 57 tot en met 59a Fw van overeenkomstige toepassing. Uit de toelichting blijkt dat de wijziging met name bedoeld is voor het geval dat niet de hypotheekbank het woonhuis verkoopt maar de bewindvoerder. Indien de bewindvoerder verkoopt valt de gehele verkoopopbrengst in de boedel, met behoud van de voorrangpositie van de hypotheekbank (zie de artt. 58 en 349 Fw). De bewindvoerder dient de opbrengst uit te delen met inachtneming van de verdeelsleutel van art. 349 lid 2 Fw: in verhouding tot de concurrente schuldeisers ontvangt de hypotheekhouder een twee keer zo groot uitkeringspercentage. De hierboven geciteerde eerste zin van het oorspronkelijke art. 299 lid 3 ('De schuldsaneringsregeling werkt niet...') zou ook art. 349 lid 2 buiten werking hebben gesteld en zou dus problemen hebben opgeleverd bij verkoop door de bewindvoerder, vandaar dat de eerste zin van lid 3 is geschrapt. Volgens de HR veranderde het schrappen van de eerste zin echter niets aan het uitgangspunt van de wetgever ten aanzien van de bijzondere positie van de hypotheekhouder. Ik citeer uit het arrest van de HR d.d. 13 maart 2009 (eerste zin van rechtsoverweging 3.5.1):

'Uit de hiervoor weergegeven totstandkomingsgeschiedenis van art. 299 lid 3 moet worden afgeleid dat de wetgever tot uitgangspunt heeft genomen dat de

schuldsaneringsregeling niet werkt ten aanzien van vorderingen die door pand of hypotheek zijn gedekt, behoudens voor zover die vorderingen niet op de verbonden goederen verhaald kunnen worden.'

Voorts overweegt de HR, onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis, dat er redenen kunnen zijn af te zien van executie zowel voor de bank (indien er geen betalingsachterstand is) als voor de bewindvoerder (indien er geen overwaarde voor de boedel inzit). De saniet dient de lopende betalingsverplichtingen jegens de bank dan te voldoen uit het vrij te laten bedrag, aldus de HR. Dan overweegt de Hoge Raad:

'Een en ander brengt mee dat art. 358 F. (de 'schone lei') in een dergelijk geval geen betrekking heeft op de vordering van de pand- of hypotheekhouder, zoals ook zonder meer voortvloeide uit de oorspronkelijke tekst van art. 299 lid 3 van het wetsvoorstel. Om dezelfde reden zijn betalingen op een zodanige vordering niet nietig ingevolge art. 306.' [...] 'Dat spreekt temeer omdat de pand- of hypotheekhouder in de hier bedoelde gevallen anders genoopt zou zijn tijdens de schuldsaneringsregeling over te gaan tot een executie waar geen van de betrokken partijen baat bij heeft, dan wel tot een schuldvernieuwing met hernieuwde zekerheidstelling waar slechts extra kosten aan verbonden zijn die ten laste van de schuldenaar komen.'

De HR concludeert dat de vordering van de ING (€ 46.453) niet getroffen is door de schone lei en dat de hypotheekbetalingen tijdens de Wsnp rechtsgeldig zijn verricht:

'Het hof heeft met juistheid geoordeeld

dat de hypothecaire vordering van ING buiten de werking van de schuldsaneringsregeling van [eiser] is gebleven, zodat de door [eiser] verrichte betalingen op die vordering niet ingevolge art. 306 nietig zijn, en deze vordering niet onder de door hem verkregen 'schone lei' valt.'

Zoals al opgemerkt, viel deze zaak onder oud Wsnp-recht, maar aan het slot spreekt de HR zich ook uit over nieuw recht zoals dat geldt sinds 2008 (r.o. 3.7.1):

'Opmerking verdient dat het voorgaande niet anders is geworden door de wijzigingen van de Faillissementswet die met ingang van 1 januari 2008 van kracht zijn geworden. Voor zover thans van belang is aan art. 303 F. een nieuw derde lid toegevoegd, kort gezegd inhoudende dat in de uitspraak van de rechtbank tot toepassing van de schuldsaneringsregeling of bij latere beschikking van de rechter-commissaris het eerste lid (waarin is bepaald dat de schuldenaar geen rente meer is verschuldigd over vorderingen ten aanzien waarvan de schuldsanering werkt) buiten toepassing verklaard kan worden ten aanzien van rente die verschuldigd is over een hypotheek die gevestigd is op het huis waarin de schuldenaar woonachtig is. Voorts is aan art. 358 een nieuw vijfde lid toegevoegd, inhoudende dat het eerste lid (de 'schone lei') niet van toepassing is ten aanzien van een hypotheek die is gevestigd op het huis waarin de schuldenaar woonachtig is, indien op de rente van deze hypotheek artikel 303 lid 3 van toepassing is.'

Volgens de HR is de wetgever bij deze wetswijzigingen uitgegaan van de onjuiste

opvatting dat de schuldsaneringsregeling wél zou werken ten aanzien van een hypothecaire vordering, zodat enerzijds door de schuldenaar gedurende de looptijd van de schuldsanering geen hypotheekrente verschuldigd is, en anderzijds bij beëindiging van de schuldsaneringsregeling de hypothecaire vordering onder de schone lei valt (volgens de door de HR als onjuist bestempelde opvatting). Zonder nog expliciet bepaalde hypotheeksituaties van andere te onderscheiden, oordeelt de HR de nieuwe artikelen overbodig:

'Ook hetgeen thans in art. 303 lid 3 en art. 358 lid 5 is bepaald, brengt geen wijziging in hetgeen zonder die bepalingen al zou gelden. Zoals blijkt uit hetgeen hiervoor [...] is overwogen, brengt de wettelijke regeling - ook zonder hetgeen in deze nieuwe bepalingen is geregeld - al mee dat een hypothecaire vordering niet onder de schuldsaneringsregeling valt, met als gevolg dat de schuldenaar tijdens de schuldsanering de hypotheekrente verschuldigd blijft (en mag voldoen uit de hem toekomende, buiten de boedel vallende inkomsten) en dat de hypothecaire vordering bij beëindiging van de schuldsaneringsregeling niet onder de 'schone lei' valt. Daartoe is, ook na 1 januari 2008, de in art. 303 lid 3 bedoelde verklaring van de rechtbank of de rechter-commissaris niet vereist.'

4. Commentaar

In het commentaar hieronder duid ik de hypotheekhouder korthedshalve aan als 'de bank' en het verbonden goed (onderpand) als 'woonhuis'.

Bijzonder verhaalsrecht hypotheekhouder

De bank heeft het recht zich op het woonhuis te verhalen indien de schuldenaar in verzuim is met het betalen van zijn maandelijkse hypotheeklast (zie art. 3:268 BW). Voor het executierecht van de bank maakt het geen verschil of de betalingsachterstand betrekking heeft op rente of aflossing van de lening. Ook bij faillissement van de schuldenaar of surseance van betaling verleend aan de schuldenaar behoudt de bank dit bijzondere verhaalsrecht (art. 57 lid 1 Fw, art. 232 Fw). Art. 299 lid 3 Fw verklaart art. 57 Fw ook in de saneringsregeling van toepassing en de bank mag dus ook tijdens de schuldsanering het woonhuis verkopen en zich op de opbrengst verhalen buiten de Wsnp-bewindvoerder om. De bewindvoerder kan de bank een termijn voor de verkoop stellen. Blijft de bank stilzitten dan mag de bewindvoerder het woonhuis verkopen. De gehele verkoopopbrengst valt dan in de boedel. Bij de uitdeling aan crediteuren van de opbrengst van het woonhuis dient de bewindvoerder aan de bank het dubbele percentage uit te keren (art. 349 Fw). De restvordering van de bank na executie door de bank zelf of verkoop door de bewindvoerder is steeds een concurrente vordering, ook in de schuldsanering - zie art. 299 lid 3 Fw dat ook het desbetreffende art. 59 Fw van overeenkomstige toepassing verklaart, en zie ook art. 349 lid 3 Fw.

Art. 303 lid 3 Fw: rentebetaling tijdens de Wsnp

Vanaf de eerste dag dat de schuldenaar in de Wsnp zit, is geen rente over 'oude', op het moment van toelating tot de Wsnp bestaande schulden meer verschuldigd. Bij tussentijdse faillietverklaring herleeft de renteverplichting met terugwerkende kracht (art. 303 lid 1 en lid 2 Fw).

Zonder rentebetaling aan de hypotheekbank zou de schuldenaar in verzuim geraken en krijgt de bank het recht van parate executie. Art. 303 lid 3 is in 2008 ingevoerd om rentebetaling op oude hypotheekschulden mogelijk te maken. Zodoende zou de executie door de bank voorkomen kunnen worden. Volgens de HR is art. 303 lid 3 echter overbodig, aangezien 'een hypothecaire vordering niet onder de schuldsaneringsregeling valt, met als gevolg dat de schuldenaar tijdens de schuldsanering de hypotheekrente verschuldigd blijft (en mag voldoen uit de hem toekomende, buiten de boedel vallende inkomsten)'.

Opmerkelijk is dat noch art. 303 noch de HR onderscheid maakt tussen (a) rentebetaling op dat deel van de vordering dat op het woonhuis kan worden verhaald (vordering met voorrang) en (b) rentebetaling op dat deel van de vordering dat niet op het woonhuis kan worden verhaald (de concurrente restschuld). De bank zal gaan executeren als de schuldenaar de rente niet volledig betaalt. Indien de schuldenaar echter tijdens de sanering het volle rentebedrag betaalt terwijl sprake is van onderwaarde, is de consequentie wel dat de bank óók op het concurrente deel van haar vordering rente ontvangt. De bijzondere zaak die leidde tot de uitspraak van 13 maart 2009 verklaart mogelijk dat de HR geen onderscheid heeft gemaakt in het concurrente en gedeekte deel van de vordering. Het ging namelijk om een woonhuis met een kennelijke overwaarde in 2003 van € 76.000¹, van rentebetaling op of aflossing van een concurrente (rest-)schuld was dus geen sprake. Maar de algemene en verstrekkende bewoordingen die de HR kiest (de hypotheekrente blijft verschuldigd, zie het citaat hierboven), roepen de vraag op of

rentebetaling op het niet door het onderpand gedeekte, concurrente deel van de schuld volgens de HR ook zonder meer verschuldigd is. Zou een art. 303 lid 3 Fw-beschikking voor de rentebetaling op het concurrente deel ook geen functie hebben? Het lijkt mij wel.

Artikel 306: nietige betalingen

Volgens de HR zijn betalingen op de hypotheekvorderingen niet nietig (vgl. art. 306 Fw). Het arrest ging om een geval met een forse overwaarde. In een dergelijk geval zal bij een aflossingsbetaling tijdens (of na) de schuldsanering steeds sprake zijn van een betaling van een hypotheekschuld gedekt door de waarde c.q. verkoopopbrengst van het verbonden goed (woonhuis). Maar als de waarde van het woonhuis lager is dan de hoogte van de hypotheeklening dan is er sprake van onderwaarde en wordt bij volledige aflossing van de bank ook het concurrente deel van de vordering van de bank afgelost. Zijn aflossingsbetalingen op het concurrente deel ook rechtsgeldig (niet nietig)? In de Wsnp wordt niet verwezen (noch in art. 303 Fw noch in art. 306) naar een eventueel aflossingsdeel dat onderdeel uitmaakt van de maandelijkse hypotheekbetaling door de saniet aan de bank. Recofa-richtlijn 3.7 (2009) maakt aflossing van een (oude) hypotheekschuld wel mogelijk, indien de r-c daar althans toestemming voor geeft, zolang er maar geen vermogensopbouw plaatsvindt. In het arrest van 13 maart 2009 kiest de HR ook op dit punt zeer algemene bewoordingen: 'Om dezelfde reden zijn betalingen op een zodanige vordering niet nietig ingevolge art. 306'. Het blijkt niet duidelijk uit het arrest maar als ik het goed zie, doelt de HR hier toch

niet op aflossing van een eventueel ongedekt, concurrente deel van een hypotheeklening.

Artikel 358 lid 5 Fw: geen schone lei indien hypotheekrente betaald

'Ten aanzien van een vordering waarvan een hypotheek tot zekerheid strekt' waarop rente is betaald met toepassing van art. 303 lid 3 geldt de schone lei niet, zo bepaalt art. 358 lid 5 Fw voor het woonhuis van de saniet. Deze omschrijving van de bedoelde hypotheekvordering is mijns inziens niet geheel sluitend, beter zou zijn te spreken van een 'vordering waaraan voorrang is verbonden door een hypotheekrecht op het woonhuis van de saniet, behoudens voor zover die vordering niet op het woonhuis verhaald kan worden'. Ook dit nieuwe vijfde lid van art. 358 vindt de HR overbodig. De HR leert ons dat de hypothecaire vordering bij beëindiging van de schuldsaneringsregeling niet onder de 'schone lei' valt ook zonder de in art. 303 lid 3 bedoelde verklaring van de rechtbank of de rechter-commissaris. Wederom kiest de HR voor algemene bewoordingen (hypothecaire vordering valt niet onder schone lei). Valt een (concurrente) restantschuld, overblijvend na executoriale verkoop van het woonhuis, volgens het arrest van de HR ook niet onder de schone lei? Ik meen toch dat de HR, ondanks de zeer algemene bewoordingen van het arrest, niet doelt op het ongedekte deel van de vordering ofwel de restantschuld. Het uitgangspunt van de wetgever, waar de HR een en andermaal naar verwijst, is immers geweest en nog steeds mijns inziens dat de concurrente restschuld wél onder de schone lei valt. Dat blijkt duidelijk uit de Memorie van Antwoord uit 1993, ook door de HR geciteerd aan het slot van r.o. 3.4.1 (Kamerstukken II 1993/94, 22 969, nr.

6, p. 10/11): 'Overigens wordt eraan herinnerd dat vorderingen van deze schuldeisers voor zover die niet voldaan kunnen worden uit de opbrengst van het door pand of hypotheek verbonden goed, wel onder de werking van de schuldsaneringsregeling vallen (vgl. artikel 299, derde lid) hetgeen mede betekent dat op de daarvan overblijvende vorderingen ingevolge artikel 358 geen betaling meer zal kunnen worden afgedwongen'. Dat brengt mijns inziens ook met zich mee dat rentebetalingen op het concurrente deel van de vordering van de bank (zonder een beschikking ex art. 303 lid 3 Fw) en aflossingen op het concurrente deel niet in overeenstemming zijn met de tekst van de Wsnp en ook niet met ons systeem van zekerheids- en insolventierecht.

Tot slot nog één laatste juridische en twee meer praktische overwegingen:

- De schone lei doet schulden niet geheel tenietgaan maar transformeert schulden in natuurlijke verbintenissen. Betaling door de schuldenaar na verlening van de schone lei – zoals de schuldenaar in dit geval zijn restantschuld aan de bank aflost – is dan ook niet onverschuldigd. Dit aspect betreft de HR niet in zijn overwegingen, heeft dat wellicht te maken met verrekening door de ING van de restantschuld met de nieuwe hypotheeklening?
- De onbekendheid bij aanvang van de schuldsanering met de (exacte) hoogte van het concurrente deel (c.q. de restschuld na verkoop) heeft niet in de weg te staan aan de werking van de schuldsaneringsregeling en de schone lei ten aanzien van het concurrente deel. Na verkoop door de bewindvoerder tijdens de sanering of de executie door de bank,

vóór of ná de verlening van de schone lei, blijkt die restschuld vanzelf. Indien er geen executie of verkoop plaatsvindt, zou het ongedekte deel van de vordering van de bank vastgesteld kunnen worden door taxatie op basis van executiewaarde, in de beginfase van de sanering en/of kort vóór of na het verkrijgen van de schone lei. Vergelijk ook art. 232 Fw dat bepaalt dat surseance van betaling niet werkt op een hypotheekvordering behoudens voorzover die vordering niet op het woonhuis verhaald kan worden; ook daar dient het gedekte deel van de vordering begroot te worden zolang er geen executie heeft plaatsgevonden.

- Uit bewindvoerderskringen wordt vernomen dat banken steeds vaker aandringen op executie tijdens de Wsnp,

dat sommige rechtbanken geen art. 303 lid 3 verklaringen meer afgeven en dat de praktijk nog worstelt met diverse, onbeantwoorde (rechts-)vragen. Ook na de wetswijzigingen per 1 januari 2008 en het besproken arrest van de HR uit 2009 blijft het een lastig onderwerp; wij zullen in dit tijdschrift zeker nog op deze hypotheekmaterie terugkomen.

¹ *Immers de nieuwe hypotheeklening afgesloten in 2003 is maar liefst € 76.000 hoger dan de oude lening. De afgeloste restantschuld van € 46.453 komt nagenoeg overeen met het oorspronkelijke leningbedrag van f 95.000, kennelijk is aan de bank alleen rente betaald en niets afgelost. Opmerkelijk genoeg is het woonhuis niet door de bewindvoerder verkocht, het arrest van de HR zegt hier verder niets over.*

ONLINEVEILINGMEESTER.NL

DE VEILINGSITE VAN NEDERLAND

Onlineveilingmeester.nl is een online veilingpartner die zich optimaal inspant om goederen uit faillissementen en wettelijke schuldsaneringen zo snel mogelijk te verkopen.

En, de opbrengst van onze veilingen zijn vaak hoger dan u verwacht.

Voor de waardebepaling van goederen kunt u te allen tijde onze ervaren taxateurs inschakelen. Bij faillissementen en wettelijke schuldsaneringen worden goederen per direct door ons getaxeerd en indien gewenst ook veiliggesteld en geveild. Met vele curatoren, pandhouders en bewindvoerders werken wij al zeer goed samen.

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

De voordelen van Onlineveilingmeester.nl:

- Duizenden geïnteresseerde bezoekers per dag
- Vaste kosten, laag tarief
- Logistieke service (transport, opslag)
- Vaste inbrenglocaties waar periodiek veilingen worden georganiseerd
- Ook voor kleine aantallen en kleine faillissementen
- Stevige marketingondersteuning (online en offline)
- Snelle service, korte reactietijden
- Gemak: geen gezeur aan de deur
- Leuke manier van kopen en verkopen (spanning)

Onlineveilingmeester.nl
Van Starckenborghkanaal NZ 37
9804 PB NOORDHORN

Tel: 0594-501260
Fax: 0594-501269

www.onlineveilingmeester.nl
info@onlineveilingmeester.nl



Juridische opleidingen 2010

10 juni

Fiscale aspecten Wsnp & afwikkeling Wsnp bij overlijden

23 september

Arbeidsrecht & Samenlevingsvormen

7 oktober

Verkoop & Zekerheden
(vervolg verdiepingscursus)

4 november

Procederen tijdens de Wsnp/hoger beroep

9 december

Wsnp voor ex-ondernemers & Faillissementen
(vervolg verdiepingscursus)

11 november

Berekening vtlb & Actualiteiten Wsnp.

Kijk voor actuele data op www.bvon.nl

Verschijsing:	4x per jaar
Uitgave van:	Stichting Kennisoverdracht WSNP gevestigd te Amsterdam Handelsregister nr. 34390126
Redactie:	mr. B.J. Engberts, rechter mr.dr. A.J. Noordam, advocaat mr. M.van Bommel, advocaat mw. P.A.M.T. van den Berg, bewindvoerder/curator dhr. G. Benedictus, bewindvoerder
Adviseurs:	Prof. mr. B. Wessels Dhr. A. van Eijsden
Redactiesecretariaat:	WSNP Periodiek Postbus 5018 5800 GA Venray Email redactie@wsnp-periodiek.nl
Abonnementen:	Email abonnee@wsnp-periodiek.nl

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

Abonnementsprijs € 48,- per jaar, inclusief BTW.

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

Abonneegegevens worden door de uitgever niet aan derden verstrekt.

Vormgeving en druk:
Hanzedruk te Bolsward

© auteursrechten voorbehouden.