

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/33279> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Engberts, Berend Johannes

Title: Voorlopige voorzieningen en dwangregeling in het schuldsaneringsrecht

Issue Date: 2015-06-09

Voorlopige voorzieningen en dwangregeling in het schuldsaneringsrecht



Wolters Kluwer
When you have to be right

Deventer – 2015

RECHT EN PRAKTIJK – INSOLVENTIERECHT

Onder redactie van prof. mr. B. Wessels, mr. dr. R.J. de Weijs en mr. drs. C.M. Harmsen

- InsR1. R.J. de Weijs, Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung & Transaction Avoidance in Insolencies
- InsR2. A.J. Berends, Insolventie in het internationaal privaatrecht – 2e druk
- InsR3. T.T. van Zanten, De overeenkomst in het insolventierecht
- InsR4. P.R.W. Schaink, Arbeidsovereenkomst en insolventierecht
- InsR5. A.J. Noordam (*red.*), Schuldsanering (ex-)ondernemers
- InsR6. B.J. Engberts, Voorlopige voorzieningen en dwangregeling in het schuldsaneringsrecht

Ontwerp omslag: Bert Arts bNO

ISBN 978-90-13-13068-3
ISBN 978-90-13-13069-0 (E-book)
NUR 827-704

© 2015, B.J. Engberts

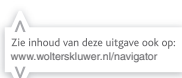
Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van de uitgever worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. het Besluit van 27 november 2002, *Stb.* 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Wolters Kluwer Nederland BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Wolters Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op alle uitgaven van Wolters Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.wolterskluwer.nl.



NAVIGATOR

Voorlopige voorzieningen en dwangregeling in het schuldsaneringsrecht

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op dinsdag 9 juni 2015
klokke 16.15 uur

door

Berend Johannes Engberts

geboren te 's-Gravenhage

in 1964

Promotiecommissie:

Promotor: Prof. mr. B. Wessels

Overige leden: Prof. mr. A.G. Castermans
Prof. mr. drs. M. Haentjens
Prof. mr. H.J. Snijders
Prof. mr. R.D. Vriesendorp (Tilburg University)

Woord vooraf van de redactie

De serie Recht en Praktijk – Insolventierecht richt zich op al die onderwerpen waarbij complexe praktijkvragen spelen en reikt de gebruiker aanknopingspunten aan om deze vragen te lijf te gaan. Deze dissertatie van Engberts past daarin uitstekend.

Centraal in dit onderzoek staat een drietal in 1998 in de Faillissementswet opgenomen bepalingen in de regeling voor de sanering van schulden van natuurlijke personen, te weten de artikelen 287 lid 4, 287a en 287b. De eerste en de laatste bepaling introduceren een voorlopige voorziening in het insolventie(proces)recht. Artikel 287a biedt de rechter de mogelijkheid om aan een schuldeiser een schuldregeling op te leggen. De procedurele inbedding van deze figuren in de wet is mager en de verhouding van deze voorzieningen ten opzichte van het gewone burgerlijk procesrecht is onduidelijk. Niet alleen dogmatisch is deze thematiek interessant, ook in de rechtspraktijk van de laatste jaren komt zij vaak aan de orde. Een rechtstheoretische en systematische studie naar het verschijnsel voorlopige voorzieningen c.q. het opleggen van een dwangmaatregel ontbrak tot nu toe. Het onderzoek van Engberts voorziet daarmee in een gegroeide behoefte van een toegankelijke en conceptueel heldere uiteenzetting van deze problematiek.

Wij achten de studie en de getrokken conclusies van groot belang voor hen die in de schuldsaneringspraktijk werkzaam zijn, zoals advocaten, bewindvoerders, maar bovenal rechters, die op dit terrein de laatste jaren voor omstreeks driehonderd uitspraken hebben gezorgd. Deze uitspraken worden door de auteur systematisch in kaart gebracht. Daarnaast biedt de studie een duidelijk procesrechtelijk kader ten aanzien van de genoemde voorzieningen. Hierdoor biedt de studie ook een stevig fundament ter beantwoording van de vraag of, en zo ja, in hoeverre bepalingen aangaande de verzoekschriftprocedure in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering op insolventieprocesrechtelijke figuren kan worden toegepast. Zoals bekend vaart de Hoge Raad hierin een onduidelijke koers.

Met veel genoegen neemt de redactie het werk van Engberts in de serie op.

Mevr. mr. drs. C.M. Harmsen / Amsterdam
Mr. dr. R.J. de Weijs / Amsterdam
Prof. mr. B. Wessels / Dordrecht

Maart 2015

Verkorte Inhoudsopgave

WOORD VOORAF VAN DE REDACTIE

V

1	INLEIDING	1
1.1	Drie nieuwe procedures in het schuldsaneringsrecht	1
1.2	De wettelijke schuldsaneringsregeling en de rechtersregelingen	5
1.3	Een korte schets van de art. 287 lid 4, 287a en 287b	9
1.4	Analyse, vraagstelling en het onderzoek	13
1.5	Afbakening	16
1.6	Methode van onderzoek	18
1.7	Leeswijzer	18
2	BURGERLIJK PROCESRECHT EN INSOLVENTIEPROCESRECHT	21
2.1	Inleiding	21
2.2	Burgerlijk procesrecht: aard, functies en ontwikkeling	22
2.3	Algemene beginselen van het burgerlijk procesrecht	29
2.4	Met art. 287 lid 4, 287a en 287b vergelijkbare procedures uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering	36
2.5	Insolventieprocesrecht	55
2.6	Uitwerking van het procedurele kader voor de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b	87
3	VOORLOPIGE VOORZIENINGEN OP DE DREMPEL VAN DE SCHULDSANERINGSREGELING	91
3.1	Inleiding	91
3.2	Achtergrond en ontstaansgeschiedenis van art. 287 lid 4	92
3.3	De bevoegde rechter	95
3.4	De procedure	97
3.5	Het beoordelingscriterium: ‘in spoedeisende zaken’	106
3.6	De beschikking – de voorzieningen	113
3.7	Verhouding tot een bodemprocedure	130
3.8	Rechtsmiddelen	130
3.9	Het toepassingsgebied van art. 287 lid 4	131
3.10	Het functioneren en bestaansrecht van art. 287 lid 4	136
3.11	Conclusies en aanbevelingen	138

4	VOORLOPIGE VOORZIENINGEN TIJDENS HET MINNELIJKE TRAJECT	145
4.1	Inleiding	145
4.2	Achtergrond en ontstaansgeschiedenis	146
4.3	De bevoegde rechter	148
4.4	De procedure	148
4.5	Het beoordelingscriterium	160
4.6	Het vonnis – de voorzieningen	167
4.7	Verhouding tot een bodemprocedure	173
4.8	Rechtsmiddelen	174
4.9	Het toepassingsgebied van art. 287b	174
4.10	Het functioneren en bestaansrecht van art. 287b	176
4.11	Conclusies en aanbevelingen	179
5	DE GEDWONGEN SCHULDREGELING	189
5.1	Inleiding	189
5.2	Achtergrond en ontstaansgeschiedenis	191
5.3	De bevoegde rechter	200
5.4	De procedure	200
5.5	Het beoordelingscriterium	220
5.6	De beslissing	220
5.7	Verhouding tot een bodemprocedure	226
5.8	Rechtsmiddelen	226
5.9	Het toepassingsgebied van art. 287a	229
5.10	Het functioneren en bestaansrecht van art. 287a	232
5.11	Conclusies en aanbevelingen	235
6	CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN	245
6.1	Inleiding	245
6.2	Samenvatting van het onderzoek	246
6.3	Conclusies	249
6.4	Slotbeschouwing	259
	Samenvatting	265
	Summary	277
I	Verkort aangehaalde literatuur	289
II	Lijst van gebruikte afkortingen	297
III	Rechtspraakregister	301
IV	Trefwoordenregister	313

V	Lijst van geraadpleegde websites
---	----------------------------------

321

VI	Dankwoord
----	-----------

323

VII	Curriculum Vitae
-----	------------------

325

Inhoudsopgave

WOORD VOORAF VAN DE REDACTIE

V

1	INLEIDING	1
1.1	Drie nieuwe procedures in het schuldsaneringsrecht	1
1.2	De wettelijke schuldsaneringsregeling en de rechtersregelingen	5
1.2.1	De wettelijke regeling	5
1.2.2	Procesreglement insolventiezaken en Recofarichtlijnen 2009	8
1.3	Een korte schets van de art. 287 lid 4, 287a en 287b	9
1.3.1	Artikel 287 lid 4	9
1.3.2	Artikel 287a	10
1.3.3	Artikel 287b	11
1.4	Analyse, vraagstelling en het onderzoek	13
1.5	Afbakening	16
1.6	Methode van onderzoek	18
1.7	Leeswijzer	18
2	BURGERLIJK PROCESRECHT EN INSOLVENTIEPROCESRECHT	21
2.1	Inleiding	21
2.2	Burgerlijk procesrecht: aard, functies en ontwikkeling	22
2.2.1	De aard van het burgerlijk procesrecht	22
2.2.2	De functies van het burgerlijk procesrecht	24
2.2.3	Ontwikkelingen in het burgerlijk procesrecht	25
2.3	Algemene beginselen van het burgerlijk procesrecht	29
2.3.1	Algemeen	29
2.3.2	Het recht op hoor en wederhoor	31
2.4	Met art. 287 lid 4, 287a en 287b vergelijkbare procedures uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering	36
2.4.1	Inleiding	36
2.4.2	De verzoekschriftprocedure (titel 3)	36
2.4.2.1	Het verzoekschrift, het verweerschrift en de mondelinge behandeling	37
2.4.2.2	Wijziging van het verzoek (art. 283 Rv)	40
2.4.2.3	Bewijsrecht (art. 284 Rv)	40
2.4.2.4	Hoger beroep tegen beschikkingen	42
2.4.3	Het kort geding (art. 254 Rv)	42
2.4.3.1	Inleiding	42
2.4.3.2	De (vordering tot het geven van een) voorlopige voorziening	43

2.4.3.3	Proceskosten en rechtsmiddelen	45
2.4.4	Kort geding in het kader van het beslag- en executierecht	45
2.4.5	De provisionele vordering/voorziening (art. 223 Rv)	47
2.4.6	Het moratorium in art. 5 Wet Gemeentelijke Schuldhulpverlening (Wgs)	51
2.5	Insolventieprocesrecht	55
2.5.1	Inleiding	55
2.5.2	Wetgever, literatuur en insolventieprocesrecht	56
2.5.3	De uitsluiting van de toepasselijkheid van titel 3 (art. 362)	61
2.5.3.1	Rechtspraak: analogische toepassing van geval tot geval	61
2.5.3.2	Toepassing titel 3 bij de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b	65
2.5.4	Korte termijnen en een gesloten stelsel van rechtsmiddelen	68
2.5.5	Oneigenlijke rechtspraak	68
2.5.6	Aannemelijke feiten	70
2.5.7	De rechter als toezichthouder, ordehandhaver en als onderzoeksrechter	75
2.5.8	Insolventie(proces)recht: burgerlijk (proces)recht in het algemeen belang	77
2.5.9	Welke rol speelt het beginsel van hoor en wederhoor in het insolventieprocesrecht?	80
2.5.10	De wettelijk voorgeschreven ‘voorfase’ in het schuldsaneringsrecht	85
2.5.11	Afronding	86
2.6	Uitwerking van het procedurele kader voor de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b	87
3	VOORLOPIGE VOORZIENINGEN OP DE DREMPEL VAN DE SCHULDSANERINGSREGELING	91
3.1	Inleiding	91
3.2	Achtergrond en ontstaansgeschiedenis van art. 287 lid 4	92
3.3	De bevoegde rechter	95
3.4	De procedure	97
3.4.1	Voorlopige voorzieningen op verzoek of (ook) ambtshalve?	97
3.4.2	Het 287 lid 4-verzoek, wijziging, en wijzigingsverzoek	97
3.4.2.1	Algemeen	97
3.4.2.2	Wijziging van het 287 lid 4-verzoek	100
3.4.2.3	Wijzigingsverzoek	101
3.4.3	Horen van belanghebbende(n) – hoor en wederhoor?	102
3.4.3.1	Argumenten tegen een hoorplicht in 287 lid 4-procedures	102
3.4.3.2	Argumenten voor een hoorplicht in 287 lid 4-procedures	103
3.4.3.3	Conclusie	104
3.4.4	De beslissing en de proceskosten	105
3.5	Het beoordelingscriterium: ‘in spoedeisende zaken’	106
3.5.1	Inleiding	106
3.5.2	De beoordeling van vorderingen ex art. 254, 438 en 223 Rv	107
3.5.3	Doorwerking naar de beoordeling van 287 lid 4-verzoeken	109
3.6	De beschikking – de voorzieningen	113
3.6.1	Schorsing executie ontruimingsvonnis huurwoning	114

3.6.2	Schorsing executie vonnis tot afsluiting van de levering van gas, elektriciteit, drinkwater of warmte	115
3.6.3	Herstel van de levering van water, elektriciteit of gas (heraansluiting)	117
3.6.4	Schorsing of opheffing van de executoriale verkoop van roerende zaken	119
3.6.5	Schorsing of opheffing van loon- of uitkeringsbeslag	122
3.6.6	Verbod op gijzeling van verzoeker in verband met niet-betaalde boetes wegens verkeersovertredingen (Wet Mulder)	124
3.6.7	Voorkomen executie vervangende hechtenis (art. 24c Sr)	126
3.6.8	Verbod inname rijbewijs door de officier van justitie (Wet Mulder)	127
3.6.9	Schorsing van de executieveiling van een woning door een hypotheeknemer	128
3.6.10	Opschorting voorgenomen loon- of uitkeringsbeslag	128
3.6.11	Voorkomen dat een conservatoir beslag executoriaal wordt	129
3.6.12	Conclusie	129
3.7	Verhouding tot een bodemprocedure	130
3.8	Rechtsmiddelen	130
3.9	Het toepassingsgebied van art. 287 lid 4	131
3.9.1	Het 287 lid 4-verzoek in combinatie met een 287a-verzoek	131
3.9.2	Het 287 lid 4-verzoek in combinatie met een verzoek tot omzetting van een faillissement in een schuldsaneringsregeling	134
3.9.3	Een 287 lid 4-verzoek samen met een 287b-verzoek	134
3.9.4	Een 287 lid 4-verzoek als basis voor een voorziening ex art. 438 of 705 Rv	135
3.9.5	Conclusie	136
3.10	Het functioneren en bestaansrecht van art. 287 lid 4	136
3.10.1	Art. 287 lid 4 versus de voorlopige toepassing van art. 287 lid 2 oud	136
3.10.2	Bestaansrecht naast de kortgedingprocedure ex art. 254 Rv?	137
3.10.3	Functioneren art. 287 lid 4 in het algemeen	137
3.11	Conclusies en aanbevelingen	138
3.11.1	Inleiding	138
3.11.2	Voorfase en het verzoek	139
3.11.3	De mondelinge behandeling – hoor en wederhoor	139
3.11.4	Het beoordelingscriterium	140
3.11.5	Vaststelling van de feiten - bewijsrecht	141
3.11.6	De duur van de voorzieningen	142
3.11.7	Proceskosten	142
3.11.8	Wijziging getroffen voorziening(en)	142
3.11.9	Wie beslist na 287 lid 4-verzoek op het Wsnp-verzoek?	143
3.11.10	Rechtsmiddelen	143
3.11.11	287 lid 4-verzoek in (hoger) beroep	144
4	VOORLOPIGE VOORZIENINGEN TIJDENS HET MINNELIJKE TRAJECT	145
4.1	Inleiding	145
4.2	Achtergrond en ontstaansgeschiedenis	146

4.3	De bevoegde rechter	148
4.4	De procedure	148
4.4.1	Het 287b-verzoek, wijziging en wijzigingsverzoek	148
4.4.2	De oproep	152
4.4.2.1	Wijze van oproepen	152
4.4.2.2	Welke informatie wordt met de oproep meegezonden?	155
4.4.3	De mondelinge behandeling	156
4.4.4	De beslissing en de proceskosten	157
4.4.5	Na het vonnis	159
4.5	Het beoordelingscriterium	160
4.5.1	Inleiding	160
4.5.2	Wetsgeschiedenis en literatuur	161
4.5.3	Jurisprudentie	162
4.5.4	Verzoeker ‘zat’ minder dan tien jaar geleden in de schuldsaneringsregeling	164
4.5.5	De lopende verplichting nakomen	165
4.5.6	Samenvatting	165
4.6	Het vonnis – de voorzieningen	167
4.6.1	Schorsing executie ontruimingsvonnis huurwoning	168
4.6.2	Schorsing executie vonnis tot afsluiting van nutsvoorziening	170
4.6.3	Verbod tot het opzeggen of ontbinden van de zorgverzekering	171
4.6.4	De duur van de voorziening	172
4.7	Verhouding tot een bodemprocedure	173
4.8	Rechtsmiddelen	174
4.9	Het toepassingsgebied van art. 287b	174
4.9.1	Een voorziening ex art. 287b tijdens het stabilisatietraject?	174
4.9.2	Een 287b-verzoek in combinatie met een ander verzoek	176
4.10	Het functioneren en bestaansrecht van art. 287b	176
4.10.1	Literatuur en praktijk	176
4.10.2	Bestaansrecht naast de kortgedingprocedure ex art. 254 Rv?	177
4.10.3	De verhouding tussen de art. 287 lid 4 en 287b	178
4.11	Conclusies en aanbevelingen	179
4.11.1	Inleiding	179
4.11.2	Voorfase en het verzoek	180
4.11.3	De oproep voor de mondelinge behandeling en de spoedvoorziening zonder zitting	181
4.11.4	Het beoordelingscriterium	182
4.11.5	Vaststelling van de feiten – bewijsrecht	183
4.11.6	De voorzieningen en de duur daarvan	184
4.11.7	De beslissing	185
4.11.8	Proceskosten	185
4.11.9	Wijziging getroffen voorziening(en)	186
4.11.10	Rechtsmiddelen	186
4.11.11	Na de voorziening	187
5	DE GEDWONGEN SCHULDREGELING	189
5.1	Inleiding	189
5.2	Achtergrond en ontstaansgeschiedenis	191
5.2.1	De minnelijke schuldregeling en de gedwongen schuldregeling	191

5.2.2	De inhoud van de minnelijke schuldregeling in de schuldsaneringspraktijk	194
5.2.3	De ontstaansgeschiedenis van art. 287a	195
5.3	De bevoegde rechter	200
5.4	De procedure	200
5.4.1	Voorfase	200
5.4.1.1	Het opstellen en doen van een aanbod	200
5.4.1.2	Toetsing aanbod door een onafhankelijke en deskundige partij	205
5.4.2	Dwangregeling ook ambtshalve?	209
5.4.3	Het 287a-verzoek en wijziging	209
5.4.3.1	Algemeen	209
5.4.3.2	Wijziging van het verzoek (ter zitting)	211
5.4.4	De oproep	211
5.4.5	De mondelinge behandeling	213
5.4.6	Niet-verschijnen schuldeiser(s), stelplicht en motivering	213
5.4.6.1	Jurisprudentie bij niet verschijnen weigerende schuldeiser	214
5.4.6.2	Verstekregeling in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering	215
5.4.6.3	Motivering verstekvonnissen in 287a-zaken	218
5.4.6.4	Verweerschrift	219
5.4.7	Bewijsrecht	219
5.5	Het beoordelingscriterium	220
5.6	De beslissing	220
5.6.1	Algemeen	220
5.6.2	Proceskosten	220
5.6.2.1	Jurisprudentie met betrekking tot proceskostenveroordeling	221
5.6.2.2	Analyse en voorstel	222
5.6.3	Uitvoerbaarheid bij voorraad?	225
5.7	Verhouding tot een bodemprocedure	226
5.8	Rechtsmiddelen	226
5.8.1	Art. 292 en de door de Hoge Raad voorgeschreven toepassing	226
5.8.2	Niet-ontvankelijkverklaring en hoger beroep	228
5.8.3	Griffierecht in (hoger) beroep	228
5.8.4	Herroeping	229
5.9	Het toepassingsgebied van art. 287a	229
5.9.1	Een 287a-verzoek indien toelating tot de schuldsaneringsregeling niet mogelijk is	229
5.9.2	Een 287a-verzoek in combinatie met een ander verzoek	232
5.10	Het functioneren en bestaansrecht van art. 287a	232
5.11	Conclusies en aanbevelingen	235
5.11.1	Inleiding	235
5.11.2	Voorfase, onderzoek naar schulden (passiva) en bezittingen (activa)	236
5.11.3	Wie doet het aanbod?	237
5.11.4	Aan wie wordt het aanbod gedaan?	238
5.11.5	Informatieverstrekking in het minnelijke traject	238
5.11.6	De oproep voor de mondelinge behandeling	239
5.11.7	Niet-verschijnen schuldeiser(s) – stel- en motiveringsplicht	240
5.11.8	Wijziging van het verzoek ex art. 287a	241

5.11.9	Vaststelling van de feiten	241
5.11.10	De beslissing	242
5.11.11	Proceskosten	242
5.11.12	Rechtsmiddelen	243
6	CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN	245
6.1	Inleiding	245
6.2	Samenvatting van het onderzoek	246
6.3	Conclusies	249
6.3.1	Insolventieprocesrecht, burgerlijk procesrecht en de drie procedures: een procedureel kader onder spanning	249
6.3.2	Rechtsonzekerheid	251
6.3.3	Geen behoorlijke rechtspleging	251
6.3.4	Toepassing van titel 3 Rv op de drie procedures	252
6.3.4.1	De relatieve bevoegdheid van de rechter (art. 262-270 Rv)	252
6.3.4.2	De oproeping (art. 271-277 en 279 Rv)	253
6.3.4.3	Het verzoekschrift (art. 278 Rv)	253
6.3.4.4	De mondelinge behandeling (art. 279 Rv)	254
6.3.4.5	Verzoekschrift wel/niet door advocaat in te dienen (art. 280-281 Rv)	254
6.3.4.6	Het verweerschrift en tegenverzoek (art. 282 Rv)	255
6.3.4.7	Wijziging van het verzoek (art. 283 Rv)	255
6.3.4.8	Verwijzing en voeging wegens litispendingie of connexiteit (art. 285 Rv)	256
6.3.4.9	Datum uitspraak, eisen aan beschikking, uitvoerbaarbijvoorraadverklaring (art. 286-288 Rv)	257
6.3.4.10	Bewijsrecht (art. 284Rv)	257
6.3.4.11	Proceskostenveroordeling (art. 289 Rv)	258
6.3.4.12	Verstrekken stukken en afschriften (art. 290 – 291 Rv)	258
6.3.4.13	Hoger beroep (art. 358 Rv)	258
6.3.4.14	Afronding	259
6.4	Slotbeschouwing	259
6.4.1	Samenvoegen art. 287 lid 4 met art. 287b en/of art. 5 Wet Gemeentelijke Schuldhulpverlening	259
6.4.2	Overbrengen art. 287 lid 4, 287a en 287b naar titel IV?	262
	Samenvatting	265
	Summary	277
I	Verkort aangehaalde literatuur	289
II	Lijst van gebruikte afkortingen	297
III	Rechtspraakregister	301

<i>Inhoudsopgave</i>	<u>XVII</u>
IV Trefwoordenregister	313
V Lijst van geraadpleegde websites	321
VI Dankwoord	323
VII Curriculum Vitae	325

1 | Inleiding

1.1 Drie nieuwe procedures in het schuldsaneringsrecht

De Nederlandse Faillissementswet kent drie insolventieprocedures, te weten het faillissement, de surseance van betaling en de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen. Het faillissement en de wettelijke schuldsaneringsregeling zijn te kenschetsen als een gerechtelijk beslag op en executie van het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.¹ Het doel van het faillissement is het vermogen van de schuldenaar door de curator onder diens schuldeisers te verdelen.² Het insolventierecht wordt daarom tot het executierecht gerekend.³ Dit geldt eveneens bij de wettelijke schuldsaneringsregeling. De belangrijkste doelstelling van de wettelijke schuldsaneringsregeling is dat openstaande vorderingen op een schuldenaar niet langer opeisbaar zijn. Dit wordt de schone lei genoemd. De schuldsaneringsregeling natuurlijke personen (verder ook: schuldsanering) heeft – mede daarom – tevens kenmerken van beschermingsbewindvoering.⁴ De schuldsaneringsregeling staat alleen open voor natuurlijke personen (art. 284).⁵ De Faillissementswet bevat zowel procesrechtelijke (formeelrechtelijke) als materieelrechtelijke bepalingen.⁶ Aan deze mix van formeel en materieel recht ligt een bewuste keuze ten grondslag.⁷

De Faillissementswet is verscheidene malen gewijzigd. De laatste principiële wijziging dateert van 1 januari 2008. Op die datum zijn onder meer de art. 287 lid 4, 287a en 287b ingevoerd. Deze bepalingen vormen in zekere zin vreemde eenden in de ‘insolventiebijt’. Zij hebben immers geen betrekking op de opening van een insolventieprocedure of de afwikkeling daarvan, maar zien op de periode voorafgaand aan een eventuele insolventie. Gemeenschappelijk kenmerk van deze bepalingen is dat zij de schuldenaar in staat stellen voorafgaand aan een eventuele insolventieprocedure (lees: schuldsaneringsregeling) de rechter te verzoeken een beslissing te nemen ten opzichte van één of meer van zijn schuldeisers.

1 Voor faillissement: Van der Feltz I 1897, p. 7 en HR 15 april 1955, *NJ* 1955/542. Voor de schuldsaneringsregeling zie Wessels Insolventierecht IX/9022 e.v.

2 HR 22 juli 1988, *NJ* 1988/912.

3 Zie Molengraaff 1898, p. 39 e.v.

4 Op grond van art. 310 kan bepaald worden dat de bewindvoerder betalingen namens de schuldenaar verricht en aldus het budgetbeheer voert. Zie *Kamerstukken I* 1997/98, 297b, p. 3-4 waar de minister het standpunt inneemt dat de bewindvoerder een analyse van de uitgaven van de schuldenaar dient te maken (‘integrale bewindvoering’).

5 Bepalingen uit de Faillissementswet worden aangehaald zonder nadere vermelding van ‘Fw’.

6 Wessels Insolventierecht I 2012/1048 e.v. en Wessels Insolventierecht III 2013/3015.

7 Wessels Insolventierecht I 2012/1048 e.v.

Bij art. 287 lid 4 gaat het om een voorlopige voorziening die ziet op de periode totdat is beslist op het verzoek tot toelating tot de wettelijke schuldsaneringsregeling (nader: het Wsnp-verzoek). Het gaat daarbij om gevallen waarin een schuldeiser overgaat tot tenuitvoerlegging van een vonnis of een andere executoriale titel zoals geregeld in Boek 2 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Hierbij moet naast executie tot verhaal op het vermogen van de schuldenaar gedacht worden aan ontruiming van door de schuldenaar gehuurde bedrijfs- of woonruimte, feitelijke beëindiging van de levering van gas, elektriciteit of water (afsluiting) en aan het uitoefenen van indirecte executiemiddelen zoals lijfswang of (het verbeuren van) een dwangsom.

Art. 287a maakt het mogelijk de rechter te vragen een schuldeiser te bevelen om mee te werken aan een buitengerechtelijke schuldregeling. Dit wordt hierna de gedwongen schuldregeling genoemd.

In art. 287b gaat het om een voorlopige voorziening ten behoeve van het zogeheten minnelijke traject. Dit is de periode waarin de schuldenaar probeert een minnelijke, buitengerechtelijke schuldregeling met zijn schuldeisers te treffen. De in deze bepaling bedoelde voorlopige voorziening (ook wel genoemd: moratorium) kan alleen worden gegeven als sprake is van een bedreigende situatie die in het artikel is omschreven, te weten een gedwongen woningontruiming, beëindiging van de levering van gas, elektriciteit of water of opzegging dan wel ontbinding van een zorgverzekeringsovereenkomst.

De verzoeken van art. 287 lid 4, 287a en 287b dienen blijkens de wettekst ‘in’ of ‘middels’ een Wsnp-verzoek te worden gedaan, met dien verstande dat een 287 lid 4-verzoek ook kan worden gedaan indien reeds een Wsnp-verzoek is ingediend. Hieruit volgt dat slechts natuurlijke personen deze bijzondere verzoeken kunnen doen.

Invoering van de drie genoemde bepalingen kan als een inbreuk of, positiever gezegd, een aanvulling op het systeem van de Faillissementswet worden beschouwd omdat het, zoals opgemerkt, gaat om procedures betreffende de periode voorafgaand aan een eventuele insolventie. Hier zou tegen ingebracht kunnen worden dat de schuldeiser die het faillissement van een debiteur aanvraagt op grond van art. 7 de (insolventie)rechter, hangende het onderzoek naar diens faillissementsaanvraag, kan vragen de boedel van de schuldenaar te verzegelen. Afgezien van het feit dat van deze mogelijkheid in de praktijk zelden gebruik wordt gemaakt, geldt dat dit een aan de schuldeiser gegeven bevoegdheid is; terwijl het in de art. 287 lid 4, 287a en 287b gaat om verzoeken door de schuldenaar (wegens (executie)handelingen door een schuldeiser).⁸ De drie op 1 januari 2008 ingevoerde bepalingen blijken, anders dan art. 7, in een praktische behoefte te voorzien. In het jaar 2013 werden respectievelijk 803, 1.471 en 1.790 287 lid 4-, 287b- en 287a-verzoeken ingediend.⁹ In totaal zijn dit ruim 4000 verzoeken. Ten opzichte van het totaal aantal ingediende Wsnp-verzoeken in 2012 van 17.575 is dat bovendien een fors aantal.¹⁰

⁸ Voor een recent, afgewezen verzoek tot verzegeling zie Rb. Den Haag 15 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7670.

⁹ Monitor Wsnp, Tiende meting 2013, p. 91/92. Zie www.wsnp.rvr.org.

¹⁰ Monitor Wsnp, Tiende meting 2013, p. 12.

Bij de drie wetsebepalingen valt terstond op dat sprake is van zeer beperkte procedurevoorschriften. Zo is in art. 287 lid 4 niet bepaald dat de belanghebbende wordt gehoord. Dit geldt wel bij de behandeling van 287a- en 287b-verzoeken. Deze worden ter zitting behandeld. Daarbij is echter niet voorgeschreven welke informatie de belanghebbenden bij zijn oproep ontvangen. Evenmin is duidelijk of de belanghebbende een verweerschrift kan indienen en of een ingediend verzoek nog gewijzigd kan worden. Merkwaardig is dat van een beslissing op een 287 lid 4-verzoek wel, maar van een beslissing op het verwante 287b-verzoek geen hoger beroep is opengesteld.

Bij 287a-verzoeken is geen sprake van een voorlopige voorziening. Het verzoek strekt tot de definitieve totstandkoming van een minnelijke schuldregeling. De procedure vertoont wel kenmerken van een voorlopigevoorzieningsprocedure. Dit blijkt met name uit de korte termijn waarop de mondelinge behandeling moet worden gehouden en de zeer korte termijn waarbinnen uitspraak moet worden gedaan.¹¹ Dit bevreemdt, nu sprake is van een zogeheten bodemprocedure en de inzet ervan een definitieve beperking van de rechten van derden is. Dit zou zijn weerslag moeten hebben op de aard en inhoud van het procesrecht.¹² Men zou kunnen denken dat op de verzoekschriftprocedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b de bepalingen inzake de verzoekschriftprocedure in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing zijn (i.e. boek 1, titel 3, nader: titel 3). In art. 362 is echter bepaald dat titel 3 niet op procedures ingevolge de Faillissementswet van toepassing is. Deze bepaling is op 1 januari 2002 in de wet opgenomen, toen de herziene verzoekschriftprocedure in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in werking trad. Titel 3 is toen van toepassing verklaard op alle verzoekschriftprocedures, tenzij deze toepasselijkheid uitdrukkelijk werd uitgesloten. Dit laatste heeft de wetgever dus ten aanzien van procedures ingevolge de Faillissementswet gedaan. Die beslissing werd vooraf gegaan door overleg met de Adviescommissie voor het Burgerlijk Procesrecht over de vraag voor welke verzoekschriftprocedures titel 3 niet van toepassing zou moeten zijn en als volgt gemotiveerd: 'De Adviescommissie en de Orde zijn van mening dat voor verzoekschriftprocedures ingevolge de Faillissementswet, gegeven de specifieke rechtsgang die in die wet is neergelegd, de derde titel buiten toepassing zou moeten worden verklaard. Ik deel deze opvatting. In het wetsvoorstel wordt artikel 362 FW dan ook in deze zin gewijzigd.'¹³

Dit roept diverse vragen op. Wat wordt bedoeld met de 'specifieke' rechtsgang? Wat zijn de gevolgen van art. 362 voor de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b?

Gegeven de beperkte procedurevoorschriften en het – blijkbaar – bijzondere karakter van het procesrecht in de Faillissementswet is er voldoende reden om de

11 Wessels en Lammers menen dat de insolventierechter bij de beoordeling van een 287a-verzoek in feite als voorzieningenrechter optreedt. Wessels Insolventierecht IX 2012/9065d en Lammers, GS Faillissementswet, art. 287a aant. 8. Kortmann & Faber 2007, p. 379, kenschetsen deze procedure als een kortgedingprocedure. De minister verwijst, waar het gaat om de proceskostenveroordeling, naar kortgedingprocedures, zie *Kamerstukken II* 2005/06, 29 942 nr. 7, p. 80. Insolventierechters stellen zich in de praktijk als kortgedingrechters op, voorzover zij vrijwel steeds het vonnis ambtshalve uitvoerbaar bij voorraad verklaren.

12 Zie Wessels Insolventierecht IX 2012/9066b, die ten aanzien van art. 287b spreekt van een wetstechnisch weinig scherp uitgewerkte regeling en die pleit voor verbetering en verdere uitwerking van deze regeling en de regeling van art. 287 lid 4.

13 *Kamerstukken II*, 2000/01, 27 824, nr. 3, p. 2 en 3 of Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo & Bart, p. 75.

drie wetsbepalingen en hun werking in de praktijk nader te bestuderen. In par. 1.4 worden de onderzoeksvragen nader uitgewerkt.

Het (maatschappelijk) belang van het onderhavige onderzoek is de afgelopen tijd om verschillende redenen toegenomen. Ten eerste is het aantal Wsnp-verzoeken na een sterke daling in 2008 en 2009 weer gestegen.¹⁴ Ten tweede heeft de Raad voor Rechtsbijstand te 's-Hertogenbosch een aantal bewindvoerders in 2012 in staat gesteld op toevoegingsbasis verzoeken ex art. 287 lid 4, 287a of 287b te doen. Het Ministerie van Veiligheid en Justitie heeft besloten deze regeling per 1 januari 2013 definitief te maken.¹⁵ Ten derde heeft Insolad op haar ledenvergadering van 30 november 2012 voorgesteld een nieuw titel IV toe te voegen aan de Faillissementswet met de naam 'Gerechtelijke Insolventieadviseur en Akkoord buiten insolventie'.¹⁶ In deze titel zou onder meer een bepaling moeten worden opgenomen die sterk overeenkomt met art. 287a. In 2013 hebben Vriesendorp, Hermans en De Vries eveneens een wetsvoorstel gepubliceerd waarmee zij een regeling voor een akkoord buiten insolventie willen invoeren, door deze op te nemen in een nieuwe titel IV van de Faillissementswet.¹⁷ Op 14 augustus 2014 heeft de minister een conceptwetsvoorstel tot invoering van de mogelijkheid tot het algemeen verbindend verklaren van een buiten faillissement gesloten akkoord ter herstructurering van schulden (Wet continuïteit ondernemingen II (WCO II) ter consultatie op internet geplaatst.¹⁸ Aan de inhoud van deze voorstellen wordt in dit onderzoek geen aandacht besteed, maar zij laten overduidelijk zien dat de gedachte van een gedwongen schuldregeling zoals neergelegd in art. 287a actueel is en in een behoefte voorziet. Ten vierde lijkt een onderzoek van art. 287b van belang omdat inmiddels een 'broertje' van deze bepaling het licht heeft gezien, met dien verstande dat deze nog niet in werking is getreden. Het betreft het zogeheten brede moratorium van art. 5 van de Wet op de Gemeentelijke Schuldhulpverlening (Wgs). De Wet Gemeentelijke Schuldhulpverlening is, met uitzondering van art. 5 Wgs, op 1 juli 2012 in werking getreden. De inwerkingtreding van dit brede moratorium is echter uitgesteld omdat deze is verbonden aan de invoering van het wetsvoorstel betreffende de verhoging van griffierechten.¹⁹ Dit wetsvoorstel is inmiddels echter ingetrokken.²⁰ Invoering van art. 5 Wgs wordt thans in 2016 verwacht.²¹ Op grond van art. 5 Wgs kan de rechtbank op verzoek van (het college van) B&W (nota bene niet op verzoek van de schuldenaar) een afkoelingsperiode afkondigen, waarbinnen elke bevoegdheid van de schuldeiser tot verhaal op de goederen van de schuldenaar en bevoegdheid tot opeising van

14 In 2009 werden 12 194 Wsnp-verzoeken ingediend. Na een piek van 20.433 in 2011 is dit aantal teruggevallen tot 17 575 in 2013, zie Monitor Wsnp, Tiende meting 2014, p. 12.

15 Alle Wsnp-bewindvoerders die staan ingeschreven bij Bureau Wsnp (van de Raad voor Rechtsbijstand) en voldoen aan de voorwaarden die worden gesteld aan deze specialisatie kunnen hiervan vanaf die datum gebruikmaken.

16 Insolad is een vereniging van faillissementscuratoren. Zie www.insolad.nl onder publicaties.

17 R.D. Vriesendorp, R.M. Hermans & K.A.J. de Vries, 'Wetsvoorstel tot aanpassing van de Faillissementswet door uitbreiding met titel IV', *Tvl* 2013, 20.

18 Zie www.internetconsultatie.nl.

19 Die verbondenheid blijkt uit de toelichting op het amendement dat tot invoering van het brede moratorium heeft geleid. Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 291, nr. 49.

20 Brieven van Minister-President Rutte d.d. 27 november 2012 aan de Tweede Kamer (kenmerk 3117848) en de Eerste Kamer (kenmerk 3117887).

21 Zie de brief van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie d.d. 24 april 2014 aan de Eerste Kamer (kenmerk 497266, p. 8). Te vinden op www.rijksoverheid.nl.

goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden, niet kan worden uitgeoefend voor een periode van maximaal zes maanden (art. 5 lid 1 Wgs). Voorwaarde die art. 5 lid 2 Wgs stelt is dat deze periode noodzakelijk is in het kader van schuldhulpverlening. Tevens moet zijn voldaan aan bij algemene maatregel van bestuur gestelde nadere voorwaarden (art. 5 lid 3 Wgs). Deze algemene maatregel van bestuur is nog niet opgesteld. Het toepassingsgebied van art. 5 Wgs lijkt dat van art. 287b te overlappen. Zowel de afkoelingsperiode (art. 5 Wgs) als de voorzieningen (art. 287b) worden ingesteld respectievelijk gegeven teneinde een minnelijke schuldregeling mogelijk te maken. Bij de beoordeling van de verzoeken speelt het nakomen van de lopende verplichtingen door de schuldenaar een belangrijke rol. En in beide gevallen duren de voorzieningen maximaal zes maanden.

Hierna wordt eerst een korte beschrijving van de wettelijke schuldsaneringsregeling gegeven. Daarna worden in par. 1.3 de te onderzoeken artikelen beschreven en gekenschetst. In par. 1.4 tot en met 1.7 worden de onderzoeksvragen geformuleerd en de aard en omvang van het onderzoek uitgewerkt.

1.2 De wettelijke schuldsaneringsregeling en de rechtersregelingen

1.2.1 De wettelijke regeling

Op 1 december 1998 is de ‘Wijziging van de Faillissementswet in verband met de sanering van schulden van natuurlijke personen’ in werking getreden. Hiermee werd een wettelijke regeling voor de sanering van schulden van natuurlijke personen ingevoerd. Deze regeling vond haar plaats in titel III van de Faillissementswet en wordt veelal de Wsnp genoemd. Deze afkorting staat voor wet schuldsanering natuurlijke personen. De regeling is van toepassing op alle natuurlijke personen, óók op hen die een beroep of bedrijf uitoefenen. Zij heeft onder meer tot doel om natuurlijke personen een kans te bieden zijn of haar schulden te saneren. Sanering houdt in dit verband in dat de schuldenaar met een schone lei, dus zonder schulden, verder kan. Hiermee wordt voorkomen dat een natuurlijk persoon die in een problematische financiële situatie is terechtgekomen tot in lengte van dagen door zijn schulden achtervolgd kan worden.²² Daarnaast werd met de invoering van de wettelijke schuldsaneringsregeling beoogd de bereidheid van schuldeisers te bevorderen tot het treffen van een minnelijke schuldregeling. Van het bestaan van een wettelijke schuldsaneringsregeling moest – zo was de gedachte – in dat opzicht een stimulerende werking uitgaan.

Een natuurlijke persoon die in een problematische schuldensituatie is geraakt of dreigt te geraken, kan de rechter verzoeken de wettelijke schuldsaneringsregeling ten aanzien van hem van toepassing te verklaren. Hij zal daarbij een met redenen omklede verklaring dienen over te leggen die aangeeft dat er geen reële mogelijkheden zijn om tot een buitengerechtelijke schuldsanering te komen (art. 285 lid 1 onder f). Als de rechter het verzoek honoreert, treedt een

²² Kamerstukken II 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 6.

moratorium in werking. Dit moratorium betekent dat schuldeisers hun rechten ter zake van vorderingen die zijn ontstaan vóór het tijdstip waarop de wettelijke schuldsaneringsregeling op de schuldenaar van toepassing is verklaard, niet mogen uitoefenen. De rechtbank benoemt een bewindvoerder en een rechter-commissaris die op hem toezicht houdt. De bewindvoerder is belast met het toezicht op de naleving door de schuldenaar van diens uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen. Dit betreft met name de verplichtingen geen nieuwe bovenmatige schulden te laten ontstaan en van het inkomen het deel af te dragen dat ligt boven het zogeheten vrij te laten bedrag. Het vrij te laten bedrag (vtlb) is de voor de schuldenaar geldende beslagvrije voet, verhoogd met een aan de hand van de persoonlijke omstandigheden door de rechter-commissaris vast te stellen bedrag. De bewindvoerder is tevens belast met het beheer en de vereffening van de boedel. Het actief van de boedel omvat de goederen die ten tijde van het van toepassing verklaren van de wettelijke schuldsaneringsregeling tot het vermogen van de schuldenaar behoren. Tevens vallen de goederen die de schuldenaar tijdens de toepassing van de regeling verkrijgt in de boedel. Sommige goederen vallen daar op grond van de wet echter buiten. De tot de boedel te rekenen goederen van de schuldenaar moeten in beginsel worden geliquideerd, teneinde uit de opbrengst daarvan, na voldoening van de schulden van de boedel zelf (de boedelschulden), de schuldeisers van vorderingen ten aanzien waarvan de wettelijke schuldsaneringsregeling werkt, zoveel mogelijk te bevredigen. Nadat een verificatievergadering is gehouden bestaat de mogelijkheid dat over een door de schuldenaar voorgesteld akkoord wordt gestemd. Het akkoord is aangenomen indien, kort samengevat, meer dan de helft van de op de zitting verschenen schuldeisers, die minstens de helft van de schuldenlast vertegenwoordigen, voorstemt. Onder omstandigheden kan de rechter-commissaris een verwerping door hen passeren en verklaren dat het akkoord toch aangenomen is. Een aangenomen akkoord moet vervolgens door de rechtbank worden gehomologeerd.

De schuldenaar moet gedurende de looptijd van de wettelijke schuldsaneringsregeling zoveel mogelijk activa in de boedel zien te brengen. Deze looptijd is in beginsel drie jaar. In de praktijk betekent dit vooral dat het gedeelte van het inkomen van de schuldenaar dat ligt boven het vtlb gedurende de looptijd aan de boedel moet worden afgedragen. Als de schuldenaar zijn uit de wettelijke schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen naar behoren is nagekomen, zijn de overblijvende (schuld)vorderingen ten aanzien waarvan de wettelijke schuldsaneringsregeling werkt, voorzover deze niet uit de boedel voldaan konden worden, na beëindiging van de wettelijke schuldsaneringsregeling niet langer afdwingbaar. Deze vorderingen gaan niet teniet, maar zij blijven als natuurlijke verbintenissen voortbestaan.²³ Dit wordt de *schone lei* genoemd. De wettelijke regeling inzake schuldsanering maakt daarmee een uitzondering op één van de centrale beginselen van het Nederlandse vermogensrecht: dat een schuldenaar met zijn (hele) vermogen instaat voor de nakoming van zijn schulden.

23 De wet kent een paar uitzonderingen op deze hoofdregel (art. 358). De *schone lei* geldt niet voor door de strafrechter opgelegde geldboetes, ontnemingsmaatregelen, schadevergoedingsmaatregelen en schadevergoedingen die aan slachtoffers van strafbare feiten moeten worden betaald.

De toepassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling kan tussentijds worden beëindigd als de schuldenaar zijn verplichtingen niet (naar behoren) nakomt. In sommige gevallen zal de schuldenaar daarna in staat van faillissement verkeren.²⁴

Eén van de doelstellingen van de wet was het stimuleren van een minnelijke regeling tussen de debiteur en zijn crediteuren. De gevolgen die aan het einde van de toepassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling daaraan verbonden worden, te weten dat de overblijvende vorderingen niet langer afdwingbaar zijn en daardoor vanaf dat moment als natuurlijke verbintenissen zijn aan te merken, alsook het feit dat schuldeisers onder deze regeling hun rechten niet mogen uitoefenen, werden door de wetgever als prikkels beschouwd voor schuldeisers om met een minnelijk akkoord of een andere buitengerechtelijke regeling in te stemmen. De voorgestelde schuldsaneringsregeling werd aangemerkt als een regeling die fungeert als de spreekwoordelijke stok achter de deur.²⁵ Al kort na invoering van de regeling bleek dat de genoemde doelstelling niet gehaald werd. De bereidheid van schuldeisers om met een minnelijke regeling in te stemmen nam met de invoering van de wettelijke schuldsaneringsregeling zelfs zeer sterk af. In verband met deze en andere problemen heeft de Minister van Justitie een spoedadvies aan een subcommissie van de commissie insolventierecht gevraagd.²⁶ Deze subcommissie heeft op 2 februari 2004 advies uitgebracht. Op 16 december 2004 heeft de minister een wetsvoorstel tot wijziging van de wettelijke schuldsaneringsregeling natuurlijke personen bij de Tweede Kamer ingediend. De hoofddoelstellingen van het wetsvoorstel waren beheersing van het toenemende beroep op de wettelijke schuldsaneringsregeling alsmede vereenvoudiging en flexibilisering van de regeling. In verband met de eerstgenoemde doelstelling werd de mogelijkheid geïntroduceerd om bij het Wsnp-verzoek een verzoek tot het opleggen van een schuldregeling te voegen (art. 287a). De schuldenaar kan op grond van art. 287a in het schuldsaneringsverzoek de rechter vragen om schuldeisers die weigeren mee te werken aan een aangeboden schuldregeling te bevelen daarmee in te stemmen. In verband met de tweede doelstelling werd voorgesteld de voorlopige toepassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling te schrappen. Aangezien de voorlopige toepassing onder andere was bedoeld als noodvoorziening voor de schuldenaren die met executiemaatregelen (zoals ontruiming van hun huurwoning) werden bedreigd, werd de mogelijkheid opgenomen aan de (insolventie)rechter een voorlopige voorziening te vragen (art. 287 lid 4).

Na stevige kritiek vanuit de Tweede Kamer is het wetsvoorstel in maart 2006 op een aantal ondergeschikte punten gewijzigd.²⁷ Voorafgaand aan het wetgevingsoverleg op 16 oktober 2006 en in de weken erna is een groot aantal amendementen en moties ingediend. Naar aanleiding van deze amendementen heeft de minister het wetsvoorstel in oktober 2006 opnieuw gewijzigd.²⁸ Bij de

24 De toepassing van de regeling kan tussentijds worden beëindigd op verzoek van de schuldenaar zelf, onder meer indien de schulden ten aanzien waarvan de regeling werkt zijn voldaan of indien de schuldenaar weer in staat is zijn schulden op de normale wijze te betalen. De wettelijke schuldsaneringsregeling eindigt tevens door de homologatie van een akkoord.

25 *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 6/7.

26 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 258, nr. 6.

27 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 942, nr. 8.

28 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 942, nr. 24.

stemming over het wetsvoorstel is een aantal amendementen aangenomen, waarbij onder meer art. 287b is geïntroduceerd. Het sterk geamendeerde wetsontwerp is op 31 oktober 2006 door de Tweede Kamer aangenomen. De wetswijziging is op 1 januari 2008 in werking getreden.

1.2.2 *Procesreglement insolventiezaken en Recofarichtlijnen 2009*

Naast wetgeving vormen ook rechtersregelingen bronnen van procesrecht.²⁹ Een rechtersregeling kan worden omschreven als een verzameling op schrift gestelde regels, vastgesteld door één of meer rechters (anders dan in de vorm van een beslissing in een concrete zaak) die betrekking heeft op de invulling van de beslissingsruimte die de rechter heeft bij de behandeling of beslissing van zaken.³⁰ Er bestaan veel soorten rechtersregelingen. Naast een groot aantal procesreglementen zijn er rechterlijke afspraken aangaande de inhoud van beslissingen die categorieën van zaken betreffen. Hier kan gedacht worden aan de alimentatienormen inzake de berekening van alimentaties³¹ of de door de Kring van Kantonrechters opgestelde aanbevelingen geformuleerd voor de beoordeling van verzoekschriften tot ontbinding van een arbeidsovereenkomst ex art. 7:685 BW (kantonrechtersformule genoemd).

Er bestaan drie belangrijke rechtersregelingen betreffende de wettelijke schuldsaneringsregeling. Het Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken (nader: Procesreglement insolventiezaken) geeft een aantal regels over de inhoud van een aantal verzoekschriften die op grond van de Faillissementswet kunnen worden ingediend.³² Hoofdstuk 3 van dit reglement bevat regels voor de art. 287 lid 4, 287a- en 287b-verzoeken. In de kern genomen gaat het om de bij de verzoeken te voegen informatie. Deze rechtersregeling is opgesteld door het Landelijk overleg van de Voorzitters van de Civiele sectoren van de rechtbanken (LOVC) in samenwerking met het landelijk overleg van rechters-commissarissen in insolventiezaken (Recofa).³³ De tweede versie van het Procesreglement insolventiezaken geldt sinds 1 januari 2013. Recofa heeft, in samenwerking met de Raad voor Rechtsbijstand te 's-Hertogenbosch, richtlijnen voor wettelijke schuldsaneringsregelingen ontwikkeld.³⁴ Dit is de tweede rechtersregeling. Deze richtlijnen zijn in maart 2009 door Recofa en het LOVC goedgekeurd en gelden sinds 1 april 2009. Zij worden hierna Recofarichtlijnen 2009 genoemd. De richtlijnen sluiten aan op het Procesreglement insolventiezaken en bevatten regels voor de verdere behandeling van wettelijke schuldsaneringsregelingen. In deze richtlijnen wordt aandacht

²⁹ Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 26.

³⁰ Teuben, diss. 2004, p. 7. Zie Köhne, diss. 2000, p. 131.

³¹ Zie www.rechtspraak.nl/procedures/landelijke regelingen.

³² Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken, geïnitieerd door het Landelijk Overleg van de Voorzitters van de Civiele sectoren van de rechtbanken (LOVC) in samenwerking met Recofa, goedgekeurd 5 november 2012 en op 1 januari 2013 in werking getreden. Zie www.rechtspraak.nl/procedures/landelijke regelingen.

³³ Zie B.J. Engberts, 'Recofa 30 jaar: oprichting, betekenis en ontwikkeling', *Trema* 2010/1, p. 30.

³⁴ De Raad voor Rechtsbijstand in 's-Hertogenbosch (de Raad) speelt een centrale rol bij de uitvoering van de schuldsaneringsregeling. Zij regelt onder meer de selectie van bewindvoerders, het beheer van het bewindvoerdersregister en hun vergoedingen (subsidies). Tevens draagt de Raad zorg voor hun opleiding. Ten slotte houdt de Raad zich bezig met automatisering om de uitvoering van wettelijke schuldregelingen te ondersteunen.

besteed aan art. 287b en niet aan art. 287 lid 4 of 287a. De derde rechtersregeling is het rapport van de werkgroep rekenmethode vtlb van Recofa (het vtlb-rapport). Dit rapport bevat richtlijnen voor de berekening van het zogeheten vrij te laten bedrag (vtlb) bij de toepassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling. Het vtlb is het gedeelte van het inkomen dat de schuldenaar tijdens de wettelijke schuldsaneringsregeling mag behouden ex art. 295.

Tot slot verdient het Procesreglement verzoekschriftprocedures handels- en insolventiezaken gerechtshoven vermelding.³⁵ Deze rechtersregeling regelt onder meer de behandeling van art. 287 lid 4- en 287a-verzoeken in hoger beroep. De procedure in hoger beroep vormt geen onderwerp van dit onderzoek.

1.3 Een korte schets van de art. 287 lid 4, 287a en 287b

1.3.1 Artikel 287 lid 4

De rechtbank is in spoedeisende zaken bevoegd, gelet op de belangen van partijen, een voorlopige voorziening bij voorraad te geven. De voorlopige voorziening wordt gevraagd in het verzoekschrift of, indien dit al is ingediend, bij afzonderlijk verzoekschrift. De artikelen 256, 257 en 258 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn van overeenkomstige toepassing. Op hoger beroep zijn de artikelen 358 tot en met 362 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing.'

Allereerst valt op dat niet het verzoek maar de bevoegdheid van de rechtbank voorop wordt gesteld. Dit is anders dan bij art. 287a en 287b. Daardoor rijst de vraag of de rechter de voorlopige voorziening ambtshalve kan geven en/of een verzoek daartoe (ambtshalve) in de stukken zou kunnen inlezen. Het insolventieprocesrecht kent immers bepalingen die de rechter ambtshalve uit te oefenen bevoegdheden toekennen.

De procedure van art. 287 lid 4 is summier gehouden. Er is alleen bepaald dat in het Wsnp-verzoek, of eventueel bij afzonderlijk verzoek, kan worden gevraagd een voorlopige voorziening bij voorraad te geven. Dit verzoek is als zodanig niet tot een derde gericht. Niet is bepaald of een dergelijk verzoek ter zitting moet worden behandeld en of de derde – de belanghebbende – moet worden opgeroepen dan wel mag reageren. Daarnaast is het de vraag wie als belanghebbende moet worden aangemerkt. Of iemand als belanghebbende kan worden beschouwd, moet volgens de Hoge Raad worden afgeleid uit de aard van de procedure en de daarmee verband houdende wetsbepalingen.³⁶ Daarbij speelt een rol in hoeverre iemand door de uitkomst van de procedure zodanig in een eigen belang kan worden getroffen dat hij daarin behoort te mogen opkomen ter bescherming van dat belang, of anderszins zo nauw betrokken is of is geweest

³⁵ Zie www.rechtspraak.nl/procedures/landelijke_regelingen. Met ingang van januari 2014 geldt de vijfde versie van dit reglement, vastgesteld door het Landelijk Overleg van de Voorzitters van de Civiele sectoren-Hoven (LOVC-H).

³⁶ HR 25 oktober 1991, NJ 1992/149, m.nt. J.M.M. Maeijer.

bij het onderwerp dat in de procedure wordt behandeld, dat daarin een belang is gelegen om in de procedure te verschijnen.³⁷

In art. 287 lid 4, tweede zin, wordt verwezen naar de art. 256, 257 en 258 Rv. Deze bepalingen betreffen de kortgedingprocedure bij de rechtbank. Uit de verwijzing volgt dat het verzoek tot het treffen van voorlopige voorzieningen geschikt moet zijn om in kort geding te beslissen, geen nadeel aan de zaak ten principale toebrengt (de bodemrechter houdt zijn handen vrij) en dat de beslissing ambtshalve uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard. Voor de mogelijkheid van het instellen van hoger beroep wordt in art. 287 lid 4, derde zin, verwezen naar bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering betreffende hoger beroep tegen beschikkingen. Die verwijzingen zijn in zoverre opmerkelijk dat de Faillissementswet eigen regels van procesrecht kent.³⁸ De bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering voor de verzoekschriftprocedure zijn, ingevolge art. 362 lid 2, niet van toepassing op verzoeken op grond van de Faillissementswet. Bijzonder is dat in art. 287 lid 4 zowel wordt verwezen naar bepalingen voor een dagvaardingsprocedure (kort geding bij de rechtbank) als een verzoekschriftprocedure.

Bij de beoordeling van een verzoek ex art. 287 lid 4 moet de rechter ‘gelet op de belangen van partijen’ een beslissing geven. Dit is een nogal vaag criterium, te meer nu niet is bepaald dat het verzoek ter zitting moet worden behandeld en onduidelijk is of de schuldeiser(s) daarvoor moet(en) worden opgeroepen. En moet hier de in de kortgedingjurisprudentie centraal staande maatstaf van een ‘spoedeisend belang’ worden gehanteerd?

1.3.2 Artikel 287a

‘1. De schuldenaar kan in het verzoekschrift, bedoeld in artikel 284, eerste lid, de rechtbank verzoeken één of meer schuldeisers die weigert of weigeren mee te werken aan een vóór indiening van het verzoekschrift aangeboden schuldregeling, te bevelen in te stemmen met deze schuldregeling.

2. De rechtbank stelt terstond dag, uur en plaats vast waarop zij de schuldenaar en schuldeiser of schuldeisers op wie het verzoek betrekking heeft, zal horen, onverminderd artikel 287, tweede lid.

3. De griffier roept de schuldenaar op bij brief en roept de schuldeiser of schuldeisers op bij aangetekende brief, tenzij de rechter anders bepaalt.

4. De rechtbank doet op de dag van de zitting of anders uiterlijk op de achtste dag daarna uitspraak op het verzoekschrift. De uitspraak geschiedt bij vonnis.

5. De rechtbank wijst het verzoek toe indien de schuldeiser in redelijkheid niet tot weigering van instemming met de schuldregeling heeft kunnen komen, in aanmerking genomen de onevenredigheid tussen het belang dat hij heeft bij uitoefening van de bevoegdheid tot weigering en de belangen van de schuldenaar of van de overige schuldeisers die door die weigering worden geschaad. Artikel 300, lid 1, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek is van toepassing.

³⁷ HR 6 juni 2003, *LJN* AF9440, *NJ* 2003/486, m.nt. J.M.M. Maeijer, HR 10 november 2006, *LJN* AY8290, *NJ* 2007/45, m.nt. J.M.M. Maeijer en HR 25 mei 2012, *LJN* BV9961, *NJ* 2012/339.

³⁸ Zie art. 362 lid 2 en bijvoorbeeld HR 12 oktober 2007, *LJN* BA7958, *NJ* 2007/622.

6. *Indien de rechtbank het verzoek toewijst, veroordeelt de rechtbank de schuldeiser die instemming met de schuldregeling heeft geweigerd, in de kosten.*
7. *Indien de rechtbank het verzoek afwijst, beslist zij op het verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsregeling, indien de schuldenaar het verzoek daartoe handhaaft.'*

Art. 287a bevat een meer uitvoerige regeling dan art. 287 lid 4. Het artikel telt zeven leden. In lid 1 is bepaald dat een schuldenaar in het Wsnp-verzoek de rechtbank kan verzoeken één of meer schuldeisers die weigeren mee te werken aan de in het minnelijke traject aangeboden schuldregeling te bevelen daarmee (toch) in te stemmen. Dit bevel is dus geen voorlopige voorziening. De rechtbank moet op grond van art. 287a lid 2 'terstond' na ontvangst van een dergelijk verzoek een zitting vaststellen waarop de schuldenaar en de schuldeiser(s) op wie het verzoek betrekking heeft (hebben) worden gehoord. De schuldeiser(s) wordt (worden) bij aangetekende brief opgeroepen tenzij de rechter anders bepaalt. De rechtbank doet op de dag van de zitting (of anders uiterlijk op de achtste dag daarna) uitspraak. Dit geschiedt bij vonnis. In vergelijking met de bepalingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is sprake van zeer korte termijnen. In dagvaardingszaken is de termijn waarop vonnis wordt gewezen immers vier à zes weken en in kortgedingprocedures en verzoekschriftprocedures twee weken. Die korte termijnen zijn opvallend omdat de beslissing op het verzoek geen voorlopig karakter heeft. Wellicht wordt dit verklaard doordat de Faillissementswet veel korte termijnen kent.

Het beoordelingscriterium van 287a betreft in de kern genomen een belangenafweging, evenals dat van art. 287 lid 4. Het verzoek is toewijsbaar als de weigerende schuldeiser niet in redelijkheid tot afwijzing van het voorstel heeft kunnen komen vanwege de onevenredigheid tussen zijn belang bij weigering, de belangen van de schuldenaar en van overige schuldeisers. Dit criterium komt grotendeels overeen met één van de gevallen die art. 3:13 lid 2 BW noemt als voorbeeld van een situatie waarin sprake is van misbruik van bevoegdheid. Hoewel het beoordelingscriterium is gegeven, laat het de rechter in grote mate vrij in de beoordeling van het verzoek.

Het 287a-verzoek vormt een onderdeel van een Wsnp-verzoek, maar maakt daarvan geen onlosmakelijk deel uit. In art. 287a lid 7 is immers bepaald dat het Wsnp-verzoek kan worden ingetrokken.

Art. 292 geeft de tegen beslissingen op 287a-verzoeken openstaande rechtsmiddelen. Hoger beroep (of beroep in cassatie) tegen afwijzing van een 287a-verzoek is volgens art. 292 slechts mogelijk in combinatie met hoger beroep (of beroep in cassatie) tegen een afwijzing van het Wsnp-verzoek. Dat roept de vraag op of een rechtsmiddel openstaat tegen een afwijzing van het 287a-verzoek als het Wsnp-verzoek, na behandeling van een 287a-verzoek, wordt ingetrokken (art. 287a lid 7).

1.3.3 *Artikel 287b*

'1. Voorafgaand aan de behandeling van het verzoek, bedoeld in artikel 287a, eerste lid, kan de schuldenaar onderscheidenlijk kunnen burgemeester en wethouders indien een verzoek op de voet van artikel 284, vierde lid, is ingediend,

middels het verzoekschrift, bedoeld in artikel 284, eerste lid, de rechtbank verzoeken een voorlopige voorziening te geven indien er sprake is van een bedreigende situatie.

2. Onder een bedreigende situatie, als bedoeld in het eerste lid, wordt verstaan gedwongen woningontruiming, beëindiging van de levering van gas, elektra of water of opzegging dan wel ontbinding van de zorgverzekering.

3. Artikel 287a, tweede, derde en vierde lid, is van toepassing.

4. De voorlopige voorziening strekt tot het van toepassing verklaren van de artikelen 304 of 305 alsmede tot een verbod tot het opzeggen of ontbinden van de zorgverzekering.

5. De voorlopige voorziening wordt uitgesproken voor de duur van maximaal zes maanden.

6. Een gemeentelijke kredietbank als bedoeld in de Wet financiële dienstverlening of een krachtens artikel 48, eerste lid, van de Wet op het consumentenkrediet aangewezen natuurlijke persoon of rechtspersoon, dan wel categorie daarvan, die namens de schuldenaar de buitengerechtelijke schuldregeling uitvoert, brengt na afloop van de voorziening, bedoeld in het eerste lid, verslag uit aan de rechtbank.'

Op grond van art. 287b kan de schuldenaar de rechtbank door middel van een Wsnp-verzoek vragen een voorlopige voorziening te geven als sprake is van een bedreigende situatie, te weten een gedwongen woningonttruiming, beëindiging van de levering van gas, elektriciteit of water of opzegging dan wel ontbinding van de zorgverzekeringsovereenkomst. Anders dan ten aanzien van 287 lid 4 en 287a is bepaald dat ook (het college van) B&W dit verzoek kan doen. B&W kan tevens een Wsnp-verzoek indienen. Hier wordt door de wetgever gedacht aan het geval dat de schuldenaar onmachtig is om het verzoek zelf te doen. Uit de jurisprudentie is overigens niet gebleken dat B&W ooit overgaat tot indiening van een 287b-verzoek.

Uit de tekst van art. 287b lid 1 lijkt te volgen dat een 287b-verzoek steeds voorafgaand aan een 287a-verzoek plaatsvindt. Is deze koppeling inderdaad dwingend voorgeschreven?

Voor de procedure inzake 287b-verzoeken wordt naar art. 287a verwezen. Dit houdt (dus) in dat de rechtbank terstond na ontvangst van het verzoek een zitting moet vaststellen waarop de schuldenaar en de schuldeiser(s) tot wie zich het verzoek richt, worden gehoord. De schuldeiser(s) wordt (worden) bij aangetekende brief opgeroepen tenzij de rechter anders bepaalt. De rechtbank doet op de dag van de zitting, of uiterlijk op de achtste dag daarna, uitspraak. Dit geschiedt bij vonnis.

Voor de beoordeling van een verzoek ex art. 287b lijkt de wet als maatstaf te geven dat sprake moet zijn van de in art. 287b lid 2 gedefinieerde bedreigende situatie. Betekent dit dat de rechter de voorlopige voorziening moet geven als sprake is van een in art. 287b genoemde bedreigende situatie of dient de rechter een nadere (belangen)afweging te maken?

Ten slotte valt op dat de Faillissementswet geen rechtsmiddel openstelt tegen beslissingen op een 287b-verzoek.

Mede door de hiervoor aangestipte onduidelijkheden in art. 287 lid 4, 287a en 287b vertoont de jurisprudentie en rechtspraak een nogal wisselend beeld. Hierna volgen drie voorbeelden ter illustratie.

Bij sommige rechtbanken worden de desbetreffende schuldeisers opgeroepen om te worden gehoord op verzoeken ex art. 287 lid 4. Bij andere rechtbanken wordt steeds ‘op de stukken’ een beslissing gegeven.³⁹ Er zijn verder rechtbanken die bij ontvangst van Wsnp-verzoeken nagaan of sprake is van een dreigende woningontzuiming en in die gevallen ambtshalve een voorlopige voorziening terzake geven. De meeste rechtbanken doen dat echter niet.

Bij de beslissing op verzoeken ex art. 287b worden de belangen van verzoeker afgewogen tegen die van de schuldeiser in kwestie. Er zijn daarnaast enkele uitspraken waarin de (serieuze) wens om te komen tot een minnelijke regeling als criterium wordt gebruikt.

Bij de behandeling van verzoeken ex art. 287a komt het geregeld voor dat een schuldeiser niet ter zitting verschijnt. Soms wordt het verzoek dan toegewezen met als motivering dat dit niet onrechtmatig of ongegrond voorkomt; in andere gevallen wordt de weigering als uitgangspunt genomen en/of wordt ingegaan op de door de schuldeiser blijkens overgelegde correspondentie opgegeven reden voor zijn weigering.

1.4 Analyse, vraagstelling en het onderzoek

Hiervoor is gebleken dat de verzoekschriftprocedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b maar in beperkte mate zijn beschreven. Dit is een duidelijke misslag. Regels van procesrecht dienen er immers toe een geschil tussen partijen op geordende wijze aan de rechter voor te leggen en een eerlijk debat tussen partijen te bevorderen. Deze regels vormen voorts een kompas waarop de rechter en procespartijen kunnen varen. Regels van procesrecht voorkomen aldus rechterlijke (ver)dwalingen en geven partijen de (rechts)zekerheid van een voorspelbare proceskoers. Procesrecht kan slordig procederen voorkomen.

Binnen welk kader kunnen de verzoekschriftprocedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b dan worden gezien? Voorop staat dat het gaat om procedures die zijn opgenomen in de Faillissementswet. Dat procesrecht kan als burgerlijk procesrecht worden gekenschetst. Burgerlijk procesrecht⁴⁰ (of burgerlijke rechtsvordering) wordt omschreven als het geheel van voorschriften waarin geregeld wordt op welke wijze burgerlijke wetten (dat wil zeggen de daaruit voortvloeiende burgerlijke rechtsbetrekkingen) worden geregeld, gehandhaafd en geldend worden gemaakt.⁴¹ Het burgerlijk procesrecht verschaft de middelen tot hand-

39 Dit blijkt uit de door mij gehouden enquête onder alle leden van Recofa, waarover verslag is gedaan in : Berend Engberts, ‘De voorlopige voorzieningen en dwangregeling in de schuldsaneringspraktijk’, WP 2014/01, p. 19.

40 Dit is de meest gebruikte term voor dit rechtsgebied. Andere termen zijn burgerlijke rechtsvordering (deze term lijkt vooral of enkel te zien op dagvaardingsprocedures) en burgerlijke rechtspleging (deze term lijkt niet te zien op de in par. 2.2 te bespreken voorfase).

41 Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 2: Zie voorts *Kamerstukken II* 2006/07, 30 951, nr. 1, p. 8. Dit betreft de kabinetsreactie op het eindrapport Fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht: ‘Om in een goede rechtsbedeling te voorzien en met het oog op artikel 6 EVRM moet het civiele proces de rechtszoekende een efficiënte, effectieve en eerlijke mogelijkheid bieden om zijn materiële rechten te verwezenlijken. Dit acht ik het primaire doel van het civiele proces.’

having en verwezenlijking van burgerlijke rechten met behulp van overheidsorganen.⁴² De hoofdbeginselen van het burgerlijk procesrecht zijn neergelegd in boek 1, titel 1, afdeling 3 (art. 19 e.v.) van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. In titel 3 van dit wetboek is de verzoekschriftprocedure geregeld. In art. 362 is de toepasselijkheid van titel 3 van het Wetboek van Burgerlijk Rechtsvordering echter uitgesloten voor procedures ingevolge de Faillissementswet. Het insolventierecht is daarmee het enige, tot het burgerlijke recht te rekenen rechtsgebied met een eigen, niet in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geregeld procesrecht.⁴³ Het burgerlijk procesrecht kent enkele procedures die verwant zijn aan de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b. Dit is naast de algemene regeling voor de verzoekschriftprocedure in titel 3, de kortgedingprocedure in art. 254, 438 en 705 Rv en de procedure van de vordering tot het geven van een provisionele voorziening ex art. 223 Rv. Zijn in die wettelijke regelingen oplossingen en antwoorden te vinden voor de problemen en vragen die bij de toepassing van de art. 287 lid 4, 287a en 287b opkomen? Gezien het geschetste procesrechtelijke landschap kan de vraag naar het (procedurele) kader worden toegespitst op de vraag hoe deze drie procedures het beste zouden kunnen aansluiten bij het insolventieprocesrecht en het beste in het burgerlijk procesrecht kunnen worden ingepast.

Het voorgaande leidt tot de volgende onderzoeksvragen:

- a. Binnen welk procedureel kader dienen de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b te worden gezien?
- b. Op welke wijze worden de art. 287 lid 4, 287a en 287b in de rechtspraak toegepast, tot welke procedurele problemen en onduidelijkheden geeft dit aanleiding en welke problemen doen zich voor in relatie tot het geschetste procedurele kader?
- c. Wat kunnen de voorlopige voorzieningenprocedures en andere regelingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bijdragen aan de verbetering en invulling van de (lacunair beschreven) procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b?
- d. Tot welke voorstellen voor verbetering en aanpassing van (de toepassing van) de art. 287 lid 4, 287a en 287b kan het voorgaande leiden?

Hoofdstuk 2 behandelt vraag a. Aan deze vraag liggen twee subvragen ten grondslag. De eerste subvraag is wat de specifieke doelstellingen en bijzondere kenmerken (het systeem en de aard) zijn van procedures ingevolge de Faillissementswet, die de wetgever ertoe hebben gebracht de bepalingen van titel 3 Rv niet op deze procedures (ingevolge de Faillissementswet) van toepassing te verklaren. De tweede subvraag is of mag worden verlangd dat het procesrecht in de Faillissementswet, en in het bijzonder het procesrecht ten aanzien van de te onderzoeken drie artikelen, voldoet aan de (hoofd)beginselen van het burgerlijk procesrecht.

In hoofdstuk 2 wordt eerst het terrein van het burgerlijk procesrecht verkend. De functies van het burgerlijk procesrecht en de hoofdbeginselen ervan worden

⁴² Star Busmann/Rutten & Ariëns 1972, nr. 8, Wesseling-van Gent, diss. 1987, p. 107 en Knigge 1998, p. 7.

⁴³ Titel 3 geldt evenmin ten aanzien van art. 16 van de Wet schadefonds geweldsmisdrijven, maar dat kan niet als een apart rechtsgebied worden beschouwd.

beschreven. Aan het belangrijkste beginsel van het burgerlijk procesrecht, het recht op hoor en wederhoor, wordt separaat aandacht besteed. Tevens wordt ingegaan op (toegenomen aandacht voor) de fase die aan een burgerlijke procedure voorafgaat, de zogeheten voorfase. Deze voorfase is van belang bij de beschrijving van de art. 287 lid 4, 287a en 287b en hun toepassing in de praktijk, omdat de wetgever een voorfase (het minnelijke traject) verplicht heeft gesteld (art. 287 lid 4 en 287a) en art. 287b juist ziet op het doorlopen van het minnelijke traject.

Enkele met art. 287 lid 4, 287a en 287b vergelijkbare procedures worden beschreven. Dit betreft de verzoekschriftprocedure in titel 3, de kortgedingprocedure (art. 254, 438 en 705 Rv) en de provisionele voorziening ex art. 223 Rv. Het nog niet in werking getreden en aan art. 287b verwante art. 5 Wgs wordt eveneens beschreven. Vervolgens worden in par. 2.5 de bijzondere kenmerken van het insolventieprocesrecht geanalyseerd. Daarbij wordt ingegaan op de relatie tussen burgerlijk procesrecht en insolventieprocesrecht en op de uitsluiting van de toepassing van titel 3 op procedures ingevolge de Faillissementswet. Tevens wordt nagegaan of (en zo ja, in hoeverre) bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering door rechters in faillissement of schuldsaneringsregeling worden toegepast. Hoofdstuk 2 wordt afgesloten met het formuleren van het procedurele kader waarbinnen de drie procedures worden gezien.

De hoofdstukken 3, 4 en 5 beschrijven de procedures van de drie wetsbepalingen alsook de toepassing ervan door de rechter. In het bijzonder zal aandacht worden besteed aan de volgende aspecten:

- Wat voor een inhoud hebben de voorlopige voorziening en de dwangregeling?
- Wie is de bevoegde rechter?
- Wie kan de voorziening/dwangregeling aanvragen en tegen wie kan deze zich richten?
- Hoe verloopt de procedure?
- Op basis van welk criterium of welke criteria wordt het verzoek beoordeeld?
- Hoe verhoudt de in de uitspraak eventueel te geven voorziening zich tot een bodemprocedure (art. 287 lid 4 en 287b)?
- Welke rechtsmiddelen staan tegen de uitspraak open?

Bij de beschrijving van de praktijk van de drie wetsartikelen wordt nagegaan welke oplossingen het in hoofdstuk 2 geschetste procedurele kader geeft voor de problemen en onduidelijkheden; of – desnoods – welke oplossingen worden gegeven door vergelijkbare procedures uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Aldus worden de vragen onder b en c beantwoord.

Het functioneren van de drie artikelen wordt na de beschrijving van de procedure telkens in een bredere context geplaatst. Daarbij komt eerst aan de orde wat de grenzen van het toepassingsgebied zijn en daarna de vraag naar het functioneren van genoemde artikelen in algemene zin. De aanbevelingen (vraag d) die uit de bespreking van de procedures voortvloeien worden telkens aan het einde van de hoofdstukken geformuleerd.

Het laatste hoofdstuk geeft een samenvatting van het onderzoek. Tevens wordt samengevat tot welke gevolgen toepassing van titel 3 op de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b zal leiden. Tot slot wordt in dit hoofdstuk

nagegaan of de wetgever de art. 287 lid 4 en 287b niet beter kan samenvoegen, wellicht ook met art. 5 Wgs, en/of kan verplaatsen naar een nieuwe titel IV van de Faillissementswet.

Met dit onderzoek worden de lacunair beschreven procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b zo veel mogelijk ingepast in het systeem van het insolventieprocesrecht en daarmee het bestaande Nederlands burgerlijk procesrecht. Aldus wordt niet alleen de kwaliteit van deze afzonderlijke procedures verbeterd, maar ook de onderlinge afstemming met de Faillissementswet. Bovendien wordt zo de coherentie (samenhang) van het burgerlijk procesrecht vergroot.

1.5 Afbakening

In dit onderzoek wordt geen aandacht besteed aan de bepalingen betreffende de surseance van betaling. De surseance van betaling is geen algeheel beslag op het vermogen van een schuldenaar. De regeling van de surseance van betaling bevat tal van bepalingen die afwijken van die voor het faillissement en de schuldsaneringsregeling.

De Faillissementswet kent naast art. 287 lid 4 en 287b enkele andere bepalingen die als voorlopigevoorzieningenprocedures kunnen worden gekenschetst. Genoemd is de verzegeling van de boedel ex art. 7. Daarnaast valt te denken aan de bepalingen aangaande de afkoelingsperiode (art. 63a e.v.) en het treffen van voorzieningen ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers bij de toewijzing van een Wsnp-verzoek (art. 290). Dit zijn voorzieningen tijdens een insolventieprocedure. De aard van deze procedures en de afwegingen die bij het al dan niet treffen van deze voorzieningen worden gemaakt, hebben een ander karakter. Art. 7 is een bepaling ten behoeve van een schuldeiser die het faillissement van een schuldenaar heeft aangevraagd. De te onderzoeken bepalingen zijn daarentegen alle geschreven ten behoeve van de schuldenaar. Het gaat, anders dan in art. 7, niet om het veiligstellen van verhaalsobjecten ten behoeve van schuldeisers. Ditzelfde geldt voor art. 290 en in mindere mate voor art. 63a. Bij laatstgenoemde bepaling gaat het om het belang van de curator, in het bijzonder diens belang om tijd te hebben om zich een oordeel over de samenstelling van de boedel te vormen, zonder dat schuldeisers hem daarbij storen of hinderen door goederen uit die boedel op te eisen. Dit lijkt enigszins op de gedachte achter art. 287b. Bij nadere beschouwing blijkt deze gedachte echter een andere. Het doel van art. 287b is niet om zicht te krijgen op de (samenstelling van de) boedel maar om het verlies van primaire levensbehoeften (wonen, nutsvoorzieningen en ziektekostenverzekering) te voorkomen, opdat de schuldenaar kan trachten tot een vergelijk te komen met zijn schuldeisers.

De procedure in hoger beroep wordt evenmin behandeld, met dien verstande dat slechts wordt nagegaan of (en zo ja, onder welke omstandigheden) tegen de beslissing op de te onderzoeken drie verzoeken in hoger beroep kan worden gekomen. Bij die afbakening is mede betrokken dat het aantal hoger beroepen in art. 287 lid 4- en 287a-procedures zeer gering is. Internationaalrechtelijke aspecten zijn eveneens buiten beschouwing gelaten.

Op 16 oktober 2014 is het wetsvoorstel tot ‘Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht’ bij de Tweede Kamer ingediend.⁴⁴ De vernieuwing en digitalisering van het burgerlijk procesrecht houdt, voorzover van belang voor de kort geding- en de verzoekschriftprocedure, in hoofdlijnen in dat de dagvaarding en het verzoekschrift worden samengevoegd tot een uniforme procesinleiding voor zowel de verzoekschriftprocedure als de dagvaardingsprocedure (art. 30a en 30b Rv ontwerp). Deze twee procedures blijven echter bestaan. Wel is het zo dat beide – in beginsel – onbeperkt gecombineerd kunnen worden. In het inleidende processtuk kunnen zowel vorderingen worden ingesteld als verzoeken worden gedaan. Vermeldenswaardig is dat met dit wetsvoorstel de minister meer ruimte wil bieden aan de rechter om regie te voeren op de voortgang van de procedure. Dit gaat echter niet gepaard met het toekennen van nieuwe bevoegdheden of taken.⁴⁵ Bij de bespreking van bepalingen aangaande de verzoekschriftprocedure (titel 3) zal worden aangegeven in welke opzichten deze procedure op hoofdpunten zal veranderen indien het genoemd wetsvoorstel wordt aangenomen en ingevoerd. De wijzigingen in de artikelen aangaande het kort geding zijn dermate ondergeschikt van aard dat daaraan geen aandacht zal worden besteed.

De tekst van een aantal artikelen van de Faillissementswet, waaronder de art. 287 lid 4, 287a en 287b, zal worden aangepast.⁴⁶ In art. 287 wordt in lid 1 het verzoekschrift (het Wsnp-verzoek) vervangen door ‘het verzoek’. In lid 2 wordt het verzoekschrift vervangen door ‘de procesinleiding’. Dit begrip wordt tevens in bijvoorbeeld art. 284 en 285 geïntroduceerd. Dit is de hiervoor genoemde en in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geïntroduceerde aanduiding van het processtuk waarmee een procedure wordt geopend (art. 30a Rv ontwerp). Omdat titel 3 niet van toepassing is op procedures ingevolge de Faillissementswet zou een toelichting op deze wijziging voor de hand hebben gelegen. Deze ontbreekt echter.

Art. 287 lid 4 zelf wordt gewijzigd door de bepaling dat ‘door indiening van een afzonderlijk verzoek daartoe’ om het treffen van voorlopige voorziening bij voorraad kan worden gevraagd. De minister heeft deze wijziging evenmin toegelicht. Hoewel het erop lijkt dat het 287 lid 4-verzoek los komt te staan van het Wsnp-verzoek, mag worden aangenomen dat met deze wijziging geen inhoudelijke wijziging is beoogd. In zowel art. 287a als art. 287b zal worden bepaald dat het desbetreffende verzoek moet worden gedaan ‘bij het verzoek, bedoeld in artikel 284’. Hiermee is de formulering verduidelijkt. Van een inhoudelijke wijziging is geen sprake.

⁴⁴ *Kamerstukken II* 2014/15, 34 509, nr. 1-3.

⁴⁵ *Kamerstukken II* 2014/15, 34 509, nr. 3, p. 7. Art. 30o Rv (ontwerp) geeft de rechter geen bevoegdheden die hij niet nu al heeft.

⁴⁶ Dit blijkt uit een concept-wetsvoorstel voor de Invoeringswet vereenvoudiging en digitalisering procesrecht zoals dat kort voor de afsluiting van dit onderzoek (in december 2014) geplaatst is op www.internetconsultatie.nl.

1.6 Methode van onderzoek

Het onderzoek is uitgevoerd aan de hand van bestudering van wetgeving, wetsgeschiedenis, literatuur en jurisprudentie.⁴⁷ Deze bronnen zijn in het licht van de geformuleerde onderzoeksvragen geordend en geanalyseerd. Het jurisprudentieonderzoek heeft zich beperkt tot uitspraken die zijn gepubliceerd op www.rechtspraak.nl en in het tijdschrift SchuldSanering. Het gaat in totaal om ongeveer 280 uitspraken. Gelet op dit grote aantal is afgezien van onderzoek naar niet-gepubliceerde uitspraken.⁴⁸

1.7 Leeswijzer

Bepalingen uit de Faillissementswet worden zonder nadere vermelding van ‘Fw’ aangehaald.

De te onderzoeken verzoekschriften worden telkens aangegeven met de termen: Wsnp-verzoek, 287 lid 4-verzoek, 287a-verzoek en 287b-verzoek.

Met de term Wsnp-verzoek wordt niet enkel het verzoek als zodanig bedoeld, maar alle daarbij volgens de wet (art. 285) te voegen informatie, zoals een schuldenlijst (art. 285 lid 1 onder a), een opgave van de inkomsten en de vaste lasten van de schuldenaar (art. 285 lid 1 onder c en d) en een met redenen omklede verklaring dat er geen reële mogelijkheden zijn voor een minnelijke schuldregeling (art. 285 lid 1 onder f).

De wettelijke schuldsaneringsregeling van titel III van de Faillissementswet wordt kortweg schuldsaneringsregeling genoemd.

De verzoekschriftprocedure van boek 1, titel 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wordt titel 3 genoemd. De procesrechtelijke bepalingen in de Faillissementswet worden (ook) aangeduid met de term insolventieprocesrecht.

De in een schuldsaneringsregeling benoemde bewindvoerder wordt hierna (ook) bewindvoerder genoemd.

Het wetsvoorstel dat heeft geleid tot invoering van de te onderzoeken drie wetsartikelen wordt wetsvoorstel 29 942 genoemd. Met ‘de minister’ wordt telkens de Minister van (Veiligheid en) Justitie bedoeld. Het wetsvoorstel getiteld ‘Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht’ wordt ook het KEI-wetsvoorstel genoemd. De periode waarin een schuldenaar met ondersteuning van een schuldhulpverlener probeert een regeling met zijn schuldeisers te treffen zal ‘minnelijk traject’ worden genoemd.

Uitspraken die op rechtspraak.nl worden gepubliceerd hadden voorheen een Landelijk Jurisprudentienummer (LJN) bestaande uit twee letters en vier cijfers.

⁴⁷ Zie J. Smits, *‘Omstreden rechtswetenschap’*, Den Haag: Boom 2009. In de terminologie van Smits gaat het om beschrijvende rechtswetenschap (p. 31), in het bijzonder het inpassen van de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b in het bestaande rechtssysteem (p. 36).

⁴⁸ Enkele bevindingen en suggesties, verkregen uit een in 2011 gehouden enquête onder de rechtbanken heb ik in de aanbevelingen verwerkt. Zie over deze enquête Engberts 2014.

Deze nummers zijn in juni 2013 omgezet naar een Europees identificatienummer (ECLI). Uitspraken kunnen echter nog steeds op LJN nummer worden gezocht. Daarom is de oude nummering niet aangepast en wordt het ECLI nummer enkel gebruikt voor de na juni 2013 op rechtspraak.nl gepubliceerde jurisprudentie. Er wordt naar enkele niet-gepubliceerde uitspraken verwezen. Dit zijn uitspraken die (tot medio 2014) waren gepubliceerd op de website van de Raad voor de Rechtsbijstand te 's-Hertogenbosch (www.wsnprvr.org). Deze database is echter van het internet verwijderd.

Van de geraadpleegde websites is een overzicht gemaakt dat is bijgevoegd. De toegankelijkheid van deze websites is op 1 februari 2015 gecontroleerd.

Het onderzoek is afgesloten op 1 januari 2015. Met ontwikkelingen na die datum is geen rekening gehouden.

2 | Burgerlijk procesrecht en insolventieprocesrecht

2.1 Inleiding

De voorlopige voorzieningen en dwangregeling van art. 287 lid 4, 287a en 287b zijn verzoekschriftprocedures. Deze procedures zijn slechts in beperkte mate beschreven in de Faillissementswet. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bevat een uitgebreide regeling voor verzoekschriftprocedures. Maar art. 362 lid 2 bepaalt dat '[d]e derde titel van het eerste boek van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering niet van toepassing [is] op verzoeken ingevolge deze wet.'

In dit hoofdstuk wordt eerst nagegaan waarom het procesrecht in de Faillissementswet tot het terrein van het burgerlijk procesrecht gerekend kan worden en wat de aard en functies zijn van burgerlijk procesrecht (par. 2.2). Tevens wordt aandacht besteed aan enkele recente ontwikkelingen. Daarna worden de (hoofd)beginselen van het burgerlijk procesrecht beschreven (par. 2.3.). Er wordt een beschrijving gegeven van de verzoekschriftprocedure (titel 3), de voorlopigevoorzieningenprocedures en van de provisionele vordering/voorziening in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (par. 2.4). Deze beschrijving is nodig omdat de te onderzoeken drie artikelen verzoekschriftprocedures alsook verzoeken tot het treffen van voorlopige voorzieningen (art. 287 lid 4 en 287b) zijn. Bij de beschrijving van de drie wetsartikelen zullen nadere vergelijkingen met de regelingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering worden getrokken. Tevens wordt aandacht besteed aan het met art. 287b vergelijkbare art. 5 Wet Gemeentelijke Schuldhulpverlening dat een breed moratorium in het minnelijke traject mogelijk maakt, maar nog niet is ingevoerd.

Vervolgens zal in par. 2.5 worden onderzocht wat de verhouding is tussen insolventieprocesrecht en burgerlijk procesrecht; en wat de specifieke uitgangspunten en bijzondere kenmerken van het insolventieprocesrecht zijn (samen genomen ook: het systeem en de aard)."

Daarbij komt de vraag aan de orde waarom titel 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering niet van toepassing is op procedures ingevolge de Faillissementswet. Vervolgens wordt in beeld gebracht welke gevolgen de geïsoleerde plaats van het insolventieprocesrecht heeft in de rechtspraak en de rechtswetenschap.

Het hoofdstuk sluit af met een samenvattende beschrijving van het systeem en de aard van insolventieprocesrecht (par. 2.5.11) en een procedureel kader van waaruit de drie te onderzoeken procedures worden gezien (par. 2.6).

2.2 Burgerlijk procesrecht: aard, functies en ontwikkeling

2.2.1 De aard van het burgerlijk procesrecht

Burgerlijk procesrecht wordt omschreven als het geheel van voorschriften waarin geregeld wordt op welke wijze burgerlijke wetten – dat wil zeggen de daaruit voortvloeiende burgerlijke rechtsbetrekkingen – worden geregeld, gehandhaafd en geldend gemaakt.¹ Het burgerlijk procesrecht verschaft de middelen tot handhaving en verwezenlijking van burgerlijke rechten met behulp van overheidsorganen.² Zo behoort bijvoorbeeld het executierecht tot het terrein van het burgerlijk procesrecht.

Insolventierecht wordt beschouwd als verlengstuk van het executierecht. Het faillissement en de schuldsaneringsregeling zijn immers een algemeen beslag op het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de schuldeisers, met als doel het te gelde maken en verdelen van zijn vermogen onder diens schuldeisers.³ Procesrechtelijke bepalingen in de Faillissementswet kunnen reeds daarom tot het terrein van het burgerlijk procesrecht gerekend worden. Daarnaast kan gezegd worden dat het insolventieprocesrecht regelt op welke wijze een insolventieprocedure wordt geopend en, indien deze is geopend, op welke wijze deze wordt afgewikkeld. Daaronder zijn (ook) de rechten begrepen die betrokken ‘partijen’ (zoals schuldenaar, schuldeiser en curator of bewindvoerder) hebben. Aldus regelt het procesrecht in de Faillissementswet (eveneens) hoe uit burgerlijke wetten voortvloeiende burgerlijke rechten worden geregeld, gehandhaafd en geldend gemaakt.

Burgerlijk procesrecht wordt formeel recht genoemd omdat het (in beginsel) niet de inhoud van rechten en verplichtingen regelt maar (vooral) de vorm en wijze waarop men deze rechten en verplichtingen kan verwezenlijken. Deze term valt wellicht terug te voeren op het gegeven dat vaste vormen en termijnen onmisbaar zijn in elke vorm van procesrecht.⁴ Ze dienen om een eerlijke rechtsstrijd te waarborgen en zijn nodig om te voorkomen dat een partij door de ander wordt overrompeld, om een regelmatige afwikkeling van het geding te bevorderen en rechterlijke willekeur te beteugelen.⁵ Het formele karakter van het burgerlijk procesrecht komt tot uitdrukking in de gedachte dat aan een civiele- en insolventieprocedure zodanige belangen zijn verbonden dat deze de belangen van de procespartijen overstijgen.⁶ Zo is er het belang dat de uitspraak beantwoordt aan de regels die worden gevonden in het burgerlijk recht en het belang van de rechtszekerheid, waaronder begrepen het belang dat de rechterlijke uitspraken (tot op zekere hoogte) voorspelbaar zijn. Het burgerlijk procesrecht regelt niet alleen de privaatrechtelijke verhouding tussen, maar ook de verhouding tussen partijen en de rechter. Laatstgenoemde verhouding is van

1 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo & Bart, p. 75 (*Kamerstukken II*, 2000/01, 27 824, nr. 3).

2 Star Busmann/Rutten & Ariëns 1972, nr. 8, Wesseling-van Gent, diss. 1987, p. 107 en Knigge 1998, p. 7.

3 Molengraaff 1898, p. 40.

4 Van Boneval Faure 1893, p. 5 e.v.

5 Star Busmann/Rutten & Ariëns 1972, nr. 19.

6 Van Boneval Faure 1893, p. 7: de voorschriften van rechtspleging zijn uit hun aard voorschriften of bepalingen van openbare orde. Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011/p. 3.

publiekrechtelijke aard.⁷ De Nederlandse staat stelt immers een voorziening (burgerlijke- of insolventieprocedure) ter beschikking aan de burger. Met deze voorziening kan een beslissing in een civiele zaak of insolventieprocedure worden verkregen, waarvan de naleving kan worden afgedwongen bij een bevoegd orgaan (de rechter).

Het burgerlijk recht wordt – als het ware tegenover het burgerlijk procesrecht – als materieel recht aangemerkt omdat dit de rechten en plichten van rechtssubjecten regelt. De heersende gedachte is dat het burgerlijk procesrecht in dienst staat van het burgerlijk recht.⁸ Het burgerlijk procesrecht wordt daarom als een onzelfstandig rechtsgebied beschouwd.⁹ Tegenwoordig wordt meer de nadruk gelegd op de dynamische en wederkerige verhouding tussen het burgerlijk procesrecht en (materieel) burgerlijk recht. Zo wordt de processuele positie van een partij die bijvoorbeeld is belast met een civielrechtelijke mededelingsplicht verzaard met een stelplecht of bewijslast ter zake van de nakoming van die mededelingsplicht.¹⁰ Het burgerlijk procesrecht (het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) kent tevens materiële bepalingen, zoals de bepalingen omtrent proceskostenveroordeling ten laste van verliezers van een procedure (art. 237, 238 en 289 Rv) of de bepalingen over het opleggen van een dwangsom (art. 611a Rv e.v. e.v.).

Het burgerlijk procesrecht ziet volgens enkele schrijvers niet alleen op het voeren van gerechtelijke processen. Zij menen dat de fase voorafgaand aan een procedure (de voorfase) er eveneens onder valt.¹¹ De gedachte is dat partijen, zodra zij in een geschil met elkaar raken of betrokken zijn, rekening dienen te houden met elkaars belangen met het oog op de beëindiging van hun geschil.¹² Deze voorfase dient er mede toe om partijen elkaar zo snel en volledig mogelijk te laten informeren over hun standpunt en de feiten waarop dat berust, teneinde de feitelijke grondslag van het geschil zo snel mogelijk duidelijk te krijgen. De voorfase vormt (ook) ter zake van art. 287 lid 4-, 287b- en 287a-verzoeken een relevante uitbreiding van onderzoeksterrein. De voorfase is bij art. 287a van belang omdat daarin het aanbod voor een minnelijke schuldregeling wordt voorbereid en uitgebracht. Bijzonder is dat deze voorfase samenvalt met de voorfase die voor toelating tot een schuldsaneringsregeling in de wet verplicht is gesteld: het minnelijke traject genaamd. Als voorwaarde voor toelating tot de schuldsaneringsregeling heeft de wetgever immers als eis gesteld dat een verklaring wordt overgelegd inhoudende dat er geen reële mogelijkheden zijn om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen (art. 285 lid 1 onder f). In art. 288 lid 2 onder b wordt bovendien de eis gesteld dat ‘de poging’ tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen moet zijn uitgevoerd door de in

7 De Groot, diss. 2008, p. 34, onder verwijzing naar Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 2 en Asser, Groen & Vranken 2003, p. 43.

8 Asser, Groen & Vranken 2003, p. 33 en Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 42.

9 Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011/p.11.

10 Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011/p. 11 en Asser, Groen & Vranken 2003 p. 265. Zie Hugenhotz/Heemskerk 2012, p. 1 over deze verhouding.

11 Asser, Groen & Vranken 2003, hoofdstuk 7 en Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 2. Ook Smits noemt de (buitengerechtelijke) voorfase. Hij wijst onder meer op het verplichte vooroverleg ex art. 6:240 lid 4 BW en 3:305a lid 2 BW.

12 Hierop is kritiek gekomen, zie H.J. Snijders, ‘They have a dream...een fundamenteel nieuw wetboek van rechtspleging’, *NJB* 2003, p. 1696 e.v.

art. 48 lid 1 van de Wet op het consumentenkrediet (Wck) genoemde persoon of instelling.¹³

Bij 287 lid 4- en 287b-verzoeken is de voorfase in die zin van belang dat partijen geacht worden elkaar te informeren over te nemen stappen. Bovendien kan vanuit een ander perspectief worden gezegd dat een 287b-verzoek op de voorfase als zodanig betrekking heeft.

Bij de art. 287b kan tevens sprake zijn van een 'nafase'. Want na toewijzing van een 287b-verzoek zal het zogeheten minnelijk traject moeten worden opgepakt of voortgezet.

2.2.2 *De functies van het burgerlijk procesrecht*

Burgerlijk procesrecht vervult een aantal functies.¹⁴ In de literatuur worden verschillende indelingen gehanteerd. Snijders, Klaassen en Meijer noemen de volgende functies:¹⁵

a. Rechtsverschaffing

Dit is de belangrijkste functie. Het burgerlijk procesrecht maakt het mogelijk het objectieve recht te handhaven. Het objectieve recht is het geheel van rechtsregels zoals die voortvloeien uit wetgeving, rechtspraak en gewoonten. Het procesrecht heeft invloed op de subjectieve rechten van rechtssubjecten (natuurlijke en rechtspersonen). Het procesrecht verschaft de middelen voor het vaststellen, tot stand brengen, wijzigen, beëindigen en effectueren van privaatrechtelijke rechten en verplichtingen.¹⁶

b. Dreiging die van mogelijke toepassing uitgaat

De mogelijkheid van een procedure of executiemaatregel fungeert als de spreekwoordelijke stok achter de deur. De praktijk laat zien dat mensen soms pas onder dreiging van een procedure of beslaglegging bereid zijn hun verplichtingen jegens een ander na te komen. Deze betekenis moet niet worden onderschat.¹⁷ Overigens is niet denkbeeldig dat deze bedreiging ertoe leidt dat men meer krijgt dan waarop men recht heeft.¹⁸ Deze functie is door de wetgever uitdrukkelijk toegedicht aan art. 287a. De dreiging van een 287a-verzoek moet schuldeisers ertoe brengen in te stemmen met een aanbod voor een schuldregeling. Dit wordt de olievlekwerking van art. 287a genoemd.

c. Voorkomen eigenrichting

Eigenrichting is het eigenmachtig, tegen de wil van een rechthebbende, en zonder toepassing van procesrecht, aantasten van rechten. Eigenrichting wordt over het algemeen als ongeoorloofd beschouwd.¹⁹

¹³ Dit betreft onder meer gemeenten, gemeentelijke kredietbanken, advocaten, deurwaarders en registeraccountants.

¹⁴ Met Snijders wordt gekozen voor het begrip functies en niet voor de term doelen. Zie H.J. Snijders, 'They have a dream...een fundamenteel nieuw wetboek van rechtspleging', *NJB* 2003, p. 1698.

¹⁵ Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 9.

¹⁶ Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 10 en Asser, Groen & Vranken 2003, p. 34.

¹⁷ Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 11.

¹⁸ Van Schaick 2009, p. 23.

¹⁹ Star Busmann/Rutten & Ariëns 1972, nr. 8, Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 12 en Asser, Groen & Vranken 2003, p. 43.

d. Rechtsontwikkelings- en rechtseenheidsfunctie

Het doel van het procesrecht is niet uitsluitend gelegen in de verschaffing van recht in het concrete geval. Rechters die in geschillen beslissen doen soms meer dan het vaststellen (of verzekeren en beschermen) van de individuele rechten. De betekenis van een dergelijke uitspraak kan ook een rechtsvormende waarde hebben. Voor derden bieden deze uitspraken informatie over de vraag hoe over een bepaalde kwestie wordt gedacht.²⁰ Bovendien moet een rechtzoekende erop kunnen vertrouwen dat de rechter consistent is in zijn uitspraken en dat gelijke gevallen gelijk behandeld worden (art. 1 Grondwet). Hiertegenover staat dat de rechter steeds acht moet slaan op de specifieke en vaak bijzondere omstandigheden van het geval, hetgeen voorkomt dat jurisprudentie/rechtspraak verstart.²¹ Dit geldt in het bijzonder voor de hoogste rechtscolleges.

Bij de te onderzoeken drie wetbepalingen zijn deze functies van het burgerlijk procesrecht, met uitzondering van het voorkomen van eigenrichting, aanwijsbaar en relevant. Het voorkomen van eigenrichting speelt bij de art. 287 lid 4, 287a en 287b nagenoeg geen rol omdat het gaat om verzoeken tot beperking van rechten van schuldeisers.

Uit de wetsgeschiedenis van art. 287a blijkt dat de wetgever grote waarde hecht aan de dreiging die van de mogelijke toepassing van art. 287a uitgaat.²² Deze preventieve werking is eveneens zichtbaar bij art. 287 lid 4 en 287b.

2.2.3 *Ontwikkelingen in het burgerlijk procesrecht*

Hoewel de term formeel recht anders doet vermoeden is het burgerlijk procesrecht steeds in ontwikkeling.²³ Het denken over burgerlijk procesrecht is in de afgelopen 200 jaar gedomineerd door de vragen hoe procedures voorkomen kunnen worden en, als het tot een procedure komt, hoe de kosten van procedures kunnen worden verminderd.²⁴ Oplossingen werden aanvankelijk gezocht in het wegnemen van de mogelijkheid van misbruik van wettelijke regels. De druk om te komen tot snellere en efficiëntere procedures verdween daarmee niet. Rechtspraak wordt meer dan voorheen als een kostenpost gezien.²⁵ Daarnaast brengt de toegenomen mondigheid van de rechtzoekende mee dat minder snel genoeg wordt genomen met trage procedures en dat de mondelinge behandeling een belangrijkere plaats in civiele procedures is gaan innemen. Hierdoor heeft de vraag ter discussie gestaan of de rechter een actievere rol moest krijgen ten aanzien van het procesverloop.²⁶ Die gedachte is op sterke weerstanden gestuit. Van oudsher geldt in het burgerlijk recht dat (burgerlijke) rechten en plichten te vrijer bepaling van partijen zijn.²⁷ Dit uitgangspunt heeft de

²⁰ Asser, Groen & Vranken 2003, p. 37 en Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 13.

²¹ Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 13.

²² *Kamerstukken II* 2004/05, 20 042, nr. 3, p. 16 e.v.

²³ Zie hierover tevens Asser *Procesrecht/Van Schaick* 2 2011/p. 2 en 3.

²⁴ Van Rhee 2004, p. 99-135, met uitgebreide bronvermelding. Zie Van der Wiel 2004, p. 61.

²⁵ Illustratief hiervoor is het inmiddels ingetrokken wetsvoorstel tot verhoging van griffierechten: *Kamerstukken II* 2011/2012, 33 071. Zie C.J. van der Wilt, 'De mammon in de rechtszaal. Over het ongewenste effect van productiedruk op de rechterlijke oordeelsvorming', *Trema* 2011, p. 120.

²⁶ De Groot, diss. 2008, p. 43.

²⁷ De Groot, diss. 2008, p. 35.

procesrechtelijke vaststelling van die rechtsbetrekkingen door de overheidsrechter beheerst, met als gevolg dat partijen de aanvang, de inhoud en het verloop van de procedure bepaalden. Onder invloed van de toegenomen kostenbewustheid en burgerlijke mondigheid die zijn genoemd, is hier verandering in gekomen. Heden ten dage is algemeen aanvaard dat de rechter niet slechts lijdelijk behoort te zijn.²⁸ Voor wat betreft het procesverloop lijkt nauwelijks meer sprake van autonomie van partijen.²⁹ De rechter wordt (steeds meer) als procesbewaker gezien.³⁰ Dit is een recente ontwikkeling en wordt de regiefunctie van de rechter genoemd.³¹ De rechter is hierdoor minder magistraat en meer dienstverlener geworden.³² Het karakter van het procesrecht is aldus veranderd. Deze regiefunctie van de rechter is in de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b minder relevant omdat deze procedures naar hun aard spoedeisend zijn en na het indienen van het verzoek enkel bestaan uit de mondelinge behandeling ervan.³³

Een ontwikkeling die niet onbesproken kan blijven en die samenhangt met voornoemde druk om te komen tot snellere en efficiëntere procedures, is die van de deformalisering. Deformalisering wordt verklaard door ‘een afnemend gewicht van de op het algemeen belang georiënteerde rechtszekerheid ten gunste van het meer individueel gerichte belang dat een geschil inhoudelijk wordt beoordeeld’.³⁴ Het kan leiden tot slordig procederen, vertraging en stijgende kosten. Handhaving van de regels van het procesrecht door een formele benadering ervan, blijft daarom (tot op zekere hoogte) nodig.³⁵

In art. 6 EVRM en art. 14 IVBPR is het fundamentele recht op een eerlijk proces neergelegd. Deze bepalingen hebben een niet te onderschatten invloed op het burgerlijk procesrecht gehad. Het zijn belangrijke maatstaven gebleken waarlangs regels van procesrecht zijn gelegd. Zij hebben bewerkstelligd dat civiele procedures tegenwoordig ongeveer langs dezelfde lijnen lopen. In de volgende paragraaf wordt op art. 6 EVRM en het daaruit voortvloeiende recht op hoor en wederhoor ingegaan.

Een leidende gedachte bij het denken over een modern procesrecht is de idee dat het procesrecht partijen moet dwingen om in een zo vroeg mogelijk stadium hun kaarten volledig op tafel te leggen, ter bevordering van een efficiënte en snelle afwikkeling van de procedure.³⁶ Mede daarom is de zogeheten voorfase in beeld gekomen. De wet bepaalt in enkele gevallen uitdrukkelijk dat eerst

28 Dit uit zich met name hierin dat de rechter in eerste aanleg op de comparitie van partijen zelf inlichtingen inwint door, het stellen van vragen aan partijen zelf (en aan hun gemachtigden). Hij beperkt zich daarbij niet tot de door de partijen naar voren gebrachte feiten. De rechter verdiept zich over het algemeen actief in het verhaal van partijen en hij beperkt zich in zijn onderzoek niet tot het vragen naar de (kale) feiten. Hij gaat tevens na of er achterliggende belangen aan de orde zijn (en zo ja, welke dit zijn). Kamerstukken II 1999/2000 26 855, nr. 3 p. 5. Zie voorts onder andere De Bock, diss. 2011, p. 345, Van Schaick 2009, p. 20 e.v. en De Groot, diss. 2008, p. 43.

29 De Groot, diss. 2008, p. 45.

30 Deze laatste gedachte is bepaald niet nieuw. Zij werd reeds tijdens de parlementaire beraadslagingen over het Wetboek van 1838 – in de jaren twintig van de negentiende eeuw – verwoord. Van Rhee 2004, p. 99-125.

31 De Groot, diss. 2008, p. 23 en 42.

32 In die zin ook De Groot 2012, p. 31.

33 Met de toevoeging dat op het 287 lid 4-verzoek soms zelfs wordt beslist zonder oproeping van belanghebbende.

34 Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011/p. 4.

35 Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011/p. 5.

36 Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011/p. 9 en Asser, Groen & Vranken 2003, p. 90.

geprobeerd moet worden om in der minne tot een oplossing te komen.³⁷ In het insolventierecht zelf kan als voorbeeld genoemd worden de in art. 285 lid 1 onder f neergelegde eis dat een verklaring moet worden overgelegd waaruit blijkt dat de schuldenaar eerst heeft onderzocht of een regeling met zijn schuldeisers mogelijk is.

De verplichting om de kaarten in een vroeg stadium op tafel te leggen heeft een zekere formalisering tot gevolg waar het gaat om de vraag of partijen na de mondelinge behandeling van de zaak in de gelegenheid kunnen worden gesteld om (nog) een conclusie of akte te nemen. Ter voorkoming van slordig procederen dient daarbij terughoudendheid te worden betracht. Dat botst met het belang dat recht wordt gedaan op basis van feiten die zich in werkelijkheid hebben voorgedaan.³⁸ Daarmee wordt een actueel thema in het debat over burgerlijk procesrecht aangeraakt: het belang van waarheidsvinding in burgerlijke procedures en de rol van partijen en de rechter daarbij.³⁹ Ten aanzien van de feiten binnen de rechtsstrijd van partijen wordt van de formele of partij-waarheid gesproken. Het zijn immers partijen die de inhoud van de vordering, het verweer en de omvang van het processuele debat bepalen. Alleen de feiten die tussen partijen in geschil zijn, dienen – indien zij van belang zijn voor de beslissing op de vorderingen – opgehelderd te worden. Partijen bepalen aldus welke waarheid in het geschil kan worden gevonden. Voorts is er de constatering dat waarheid interpretatie is.⁴⁰ In een burgerlijk proces dienen stellingen van partijen geïnterpreteerd te worden. Indien het komt tot bewijslevering dienen bewijsmiddelen te worden geïnterpreteerd.⁴¹ Daarmee wordt bedoeld dat de bewijsmaatstaf in burgerlijke procedures vereist dat de rechter een redelijke mate van zekerheid nodig heeft om overtuigd te raken van de waarheid van een door een partij te bewijzen feiten. Hierin komt tot uitdrukking dat waarheidsvinding in het burgerlijk procesrecht geen doel op zich is en dat geen sprake is van waarheidsvinding in natuurwetenschappelijke zin.⁴² Waarheidsvinding in burgerlijke procedures leidt tot relatieve waarheden.

De taak van de rechter bij het vinden van die relatieve waarheid – dit is het meest actuele thema ten aanzien van waarheidsvinding in het procesrecht – is begrensd. Algemeen wordt aangenomen dat de rechter geen waarheidsvinding mag bedrijven buiten de grenzen van het geschil.⁴³ Het debat in de literatuur gaat vooral over de vraag hoe partijautonomie en waarheidsvinding zich tot elkaar verhouden. Waarheidsvinding wordt daarbij gezien in het licht van het maatschappelijk belang dat recht wordt gedaan op basis van feiten die zoveel

37 Bijvoorbeeld het voorgeschreven ouderschapsplan bij echtscheiding, art. 1:247 lid 5 en 247a BW.

38 De Groot, diss. 2008, p. 8 en 20. Zie voor een overzicht en samenvatting van het recente debat H.M. ten Haaf, 'Kroniek dagvaardingsprocedures eerste aanleg', *TCR* 2012, p. 202 e.v.

39 Dit belang van waarheidsvinding is met onder andere de dissertaties van De Groot (2008) en het preadvies van De Bock (2011) op de voorgrond getreden. Zie voorts Asser, Groen & Vranken 2003, p. 80-81, Van Schaik 2009, Lewin 2011, R. Schutgens, 'Onderbelicht: het vaststellen van de feiten', *AA* 2012, nr. 4, p. 246-247 en De Groot 2012.

40 De Groot 2012, p. 4.

41 De Groot 2012, p. 5. Over de meer praktische kant van waarheidsvinding, zie ook: R.W.M. Giard, 'Waarheidsvinding. Hoe de juridische werkelijkheid het methodologische ideaal kan benaderen', *Trema* 2013, p. 89 e.v.

42 De Groot 2012, p. 6.

43 De Groot 2012, p. 10. Het is de rechter zelfs verboden zijn beslissing te baseren op een in het proces gebleken feit, als de desbetreffende partij dat feit niet aan haar vordering of verweer ten grondslag heeft gelegd. Zie nader Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 45.

mogelijk overeenstemmen met de waarheid.⁴⁴ Waarheidsvinding is daarbij een middel om vrijheid en rechtvaardigheid te dienen.⁴⁵ De Groot heeft dit laatste geconcretiseerd in de stelling dat een verantwoord gebruik van door de overheid in stand gehouden rechtspraak niet omvat dat een partij de partijautonomie gebruikt om in rechte een aanspraak te maken en te doen vaststellen die in strijd met de waarheid is.⁴⁶ In dit debat hebben Asser, Groen en Vranken voorgesteld dat de rechter de partijen ambtshalve zou mogen wijzen op de mogelijkheid hun stellingen aan te vullen,⁴⁷ dat hij zo nodig zelf feitelijke gegevens bij derden mag opvragen en derden in het geding mag oproepen.⁴⁸ Maar daar is het niet van gekomen.⁴⁹

De Bock stelt in haar dissertatie voorop dat het partijen zelf zijn die beslissen waarover zij procederen en welke vorderingen zij instellen. Zij geven daarmee aan binnen welke kaders waarheidsvinding plaatsvindt – aldus De Bock.⁵⁰ Binnen deze grenzen dient de rechter zoveel mogelijk de correcte feiten vast te stellen.⁵¹ Indien partijen geen of onvoldoende feiten stellen, ligt het voor de hand dat de rechter partijen daarnaar vraagt.⁵² Partijautonomie is volgens De Bock na aanvang van de procedure geen relevant gezichtspunt meer, tenzij partijen gezamenlijk het geschil aan het rechterlijk oordeel willen onttrekken; wanneer één van hen expliciet te kennen geeft haar vordering uitsluitend op een bepaalde grondslag beoordeeld te willen zien; dan wel wanneer beide partijen uitdrukkelijk willen dat bepaalde feiten niet bij de rechterlijke beoordeling worden betrokken.⁵³ De Bock wijst er daarbij op dat het veelal te wijten is aan onvoldoende kennis of ervaring van de partij of diens gemachtigde/raadsman indien niet alle punten/feiten die voor de vordering van belang zijn aan de rechter worden voorgelegd.

De Groot vindt de opvatting van De Bock problematisch omdat deze de taak van de rechter in de waarheidsvinding al centraal stelt in een fase van de procedure waarin die taak nog is verweven met de partijautonomie. De Groot stelt dat de wereld achter het geschil niet van de rechter is en dat de rechter geen ‘dominus veritatis’ is. Volgens haar ontnemt de rechter procespartijen de vrijheid zelf te bepalen waarover de procedure gaat, – indien de visie van De Bock zou worden gevolgd.⁵⁴

Hoe terecht de kritiek van De Groot ook is, deze neemt niet weg dat feitenonderzoek door middel van gericht partijdebat in de praktijk van de comparitie na antwoord in eerste aanleg gebruikelijk is en, bijvoorbeeld bij een beroep op een open norm als de beperkende werking van redelijkheid en

44 Van Schaick 2009, p. 28-36 en Ingelse 2004 leggen de nadruk op die partijautonomie. Lewin 2011 en De Bock 2011 (o.a. p. 88-91 en 126) leggen meer de nadruk op de taak van de rechter. Zie hierover De Groot 2012, p. 30 en 31.

45 De Groot 2012, p. 6.

46 De Groot 2012, p. 10 en 29.

47 Asser, Groen & Vranken 2003, p. 53.

48 Asser, Groen & Vranken 2003, p. 83 en 91.

49 Van Schaick 2011 p. 9 Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 30 951, nr. 1, p. 10-13. Dit betreft de kabinetsreactie op het eindrapport Fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht.

50 De Bock, diss. 2011, p. 90 en 91.

51 De Bock, diss. 2011, p. 111.

52 De Bock, diss. 2011, p. 112.

53 De Bock, diss. 2011, p. 126.

54 De Groot 2012, p. 31. Zie in die zin bijvoorbeeld Ingelse 2004, p. 49.

billijkheid, onontkoombaar is.⁵⁵ De rechter zal hierbij weliswaar niet ambtshalve op zoek gaan naar niet gestelde, mogelijk relevante feiten (in die zin lijkt De Bock in haar taakopvatting te ver te gaan), maar hij zal wel vragen stellen over het naar voren gebracht feitencomplex, ter invulling van een open norm. Daarbij zullen deze feiten door partijen nader worden toegelicht waarbij – en daar zit de crux – nieuwe, aanpalende feiten aan de orde komen.

De vraag is wat dit debat over waarheidsvinding betekent voor de procedures van de art. 287 lid 4, 287a en 287b. Bij de beoordeling van 287 lid 4- en 287b-verzoeken kan en zal de insolventierechter zich, evenals de voorzieningenrechter (art. 254 Rv), beperken tot een aannemelijkheidsoordeel ten aanzien van de gestelde feiten. Dit zijn immers verzoeken tot het treffen van een voorlopige voorziening. Gegeven het feit dat verzoekers veelal niet worden bijgestaan door juridisch geschoolde hulpverleners en de schuldeisers op wie het verzoek betrekking heeft niet ter zitting verschijnt (zo deze al wordt opgeroepen), is een actieve houding van de rechter ten aanzien van de feiten en omstandigheden voor de hand liggend.

Art. 287a is geen voorlopige voorzieningenprocedure. De feiten vaststellen op klassieke wijze (art. 24, 149 en 150 Rv) ligt dan op het eerste gezicht voor de hand. Daar staat tegenover dat art. 287a wel als een spoedprocedure lijkt te zijn ingericht en dat in het insolventieprocesrecht, voor wat betreft de feiten, sprake is van een aannemelijkheidsoordeel. Daarbij kan van de rechter om eerder genoemde redenen een actieve houding worden verwacht. Hierna zal nader op deze kwestie worden ingaan.

2.3 Algemene beginselen van het burgerlijk procesrecht

2.3.1 *Algemeen*

Algemene beginselen van procesrecht kunnen worden gedefinieerd als geschreven en ongeschreven regels waaraan civiele procedures behoren te voldoen.⁵⁶ Ze worden tevens hoofdbeginselen of fundamentele beginselen van procesrecht genoemd.⁵⁷ Een andere omschrijving is dat het dermate fundamentele beginselen betreft, dat bij het ontbreken daarvan een behoorlijk civiel proces niet gevoerd kan worden of in gevaar wordt gebracht en de procedure niet ten volle aan zijn doel kan beantwoorden.⁵⁸ De traditionele algemene beginselen van het burgerlijk procesrecht, zoals door Van Boneval Faure geïntroduceerd, zijn openbaarheid, lijdelijkheid van de rechter, horen van beide partijen, onderzoek in twee feitelijke instanties, toezicht op de rechtspraak door middel van cassatie, verplichte procesvertegenwoordiging van partijen en niet-kosteloosheid van de

⁵⁵ Lewin 2001, p. 18. Zie verder Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 292 uit de memorie van antwoord bij art. 11 Rv: 'Wel acht ik het van groot belang dat er ruimte blijft voor de ontwikkeling van het feitelijke debat.'

⁵⁶ Wesseling-van Gent, diss. 1987, p. 107, De Groot, diss. 2008, p. 40.

⁵⁷ De Groot 2012, p. 40.

⁵⁸ Hugenholtz/Heemskerk 2012, p. 7.

rechtspraak.⁵⁹ Maar het is niet geheel duidelijk wat precies onder *hoofdbeginsel* wordt verstaan.⁶⁰

In het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn sinds 2002 algemene bepalingen opgenomen die gelden voor alle dagvaardings- en verzoekschrift-procedures op grond van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Het gaat om de volgende regels en beginselen:

- a. dat het beginsel van hoor en wederhoor wordt toegepast (art. 19 Rv),
- b. dat de rechter en partijen onredelijke vertraging moeten voorkomen (art. 20 Rv),
- c. dat partijen verplicht zijn de van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren (art. 21 Rv),⁶¹
- d. dat de rechter partijen kan bevelen stellingen toe te lichten of bepaalde bescheiden over te leggen (art. 22 Rv),
- e. dat de rechter de zaak onderzoekt en beslist op de grondslag van hetgeen partijen aan hun verzoek of verweer ten grondslag hebben gelegd, tenzij uit de wet anders voortvloeit (art. 24 Rv),
- f. dat de rechter ambtshalve rechtsgronden moet aanvullen (art. 25 Rv),
- g. dat terechtzittingen (mondelinge behandelingen) in beginsel openbaar zijn (art. 27 Rv),
- h. dat de beschikking in het openbaar wordt uitgesproken en de gronden bevat waarop zij berust, alsook dat een recht bestaat op afschriften van de beschikking (art. 28 en 30 Rv),
- i. dat beschikkingen verbeterd en/of aangevuld kunnen worden (art. 31 en 32 Rv).

Met uitzondering van wellicht de art. 31 en 32 Rv kunnen deze algemene beginselen als de moderne (hoofd)beginselen van het Nederlandse burgerlijk procesrecht worden beschouwd, met dien verstande dat het beginsel van de onpartijdigheid van de rechter daaraan moet worden toegevoegd.⁶²

Uit deze beginselen kunnen de in par. 2.2 besproken regiefunctie van de rechter, de gelijkwaardigheid en autonomie van partijen en het belang van waarheidsvinding worden afgeleid. De gelijkwaardigheid van partijen komt tot uitdrukking in het beginsel van hoor en wederhoor. Hun autonomie blijkt uit art. 24 Rv, waarin is vastgelegd dat de rechter gebonden is aan de ingestelde vordering en de daaraan ten grondslag gelegde feiten. De rechter voert mede de regie over het procesverloop en moet onredelijke vertraging voorkomen (art. 20 Rv). Deze regiefunctie doet aldus slechts in beperkte mate af aan de gelijkheid

⁵⁹ Van Boneval Faure 1893, p. 107 e.v.

⁶⁰ Wesseling-van Gent, diss. 1987, p. 108.

⁶¹ De zo te noemen 'waarheidsplicht' van art. 21 Rv geldt voor alle in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geregelde procedures, zie HR 25 maart 2011, *LJN* BO9675, *NJ* 2012/627, m.nt. H.J. Snijders. Partijen zijn niet verplicht de 'objectieve' waarheid te spreken. Maar zij mogen geen stellingen betrekken waarvan zij (behoren te) weten dat ze onjuist zijn of stelling bestrijden waarvan ze (behoren te) weten dat ze juist zijn. Het gaat om een geobjectieeerde subjectieve waarheidsplicht, zie Van de Wiel 2004, p. 28 en 29.

⁶² Zie Wesseling-van Gent, diss. 1987, p. 122. Zij noemt: hoor en wederhoor (ook wel het gelijkheidsbeginsel genoemd), onpartijdigheid van de rechter, openbaarheid van behandeling en uitspraak, motivering van de beslissing en beslissing binnen een redelijke termijn. Hugenholtz/Heemskerk 2012 noemt dezelfde beginselen, met dien verstande dat hij in plaats van de redelijke termijn waarbinnen de beslissing wordt genomen het beginsel van partijautonomie noemt (Hugenholtz/Heemskerk 2012, p. 7).

en gelijkwaardigheid van partijen. De bevoegdheid van de rechter om partijen te bevelen stellingen toe te lichten of bepaalde bescheiden over te leggen (art. 22 Rv) kan tevens als invulling van de regiefunctie van de rechter worden gezien. Ook kan hierin het belang dat zoveel mogelijk recht wordt gesproken op basis van ‘de waarheid’ terug worden gezien.

Door Snijders, Klaassen en Meijer wordt uit art. 21 en 22 Rv, art. 3:13 j° 15 BW en 6:162 BW het bestaan van een algemeen zorgvuldigheidsbeginsel afgeleid.⁶³ Dit heeft raakvlakken met begrippen als de goede procesorde en eisen van een behoorlijk procesvoering of processuele goede trouw.⁶⁴ Samen-gevat komt het erop neer dat ook in het procesrecht geldt dat de verhoudingen tussen procespartijen en hun gedragingen worden beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid. Als een rechter een bepaalde (proces)handeling strijdig acht met de redelijkheid en billijkheid (te benoemen als strijdig met de goede procesorde of de eisen van behoorlijke procesvoering), dan kan hij dit oordeel ambtshalve geven.⁶⁵ Zoals Van der Wiel terecht opmerkt lijkt er geen sprake van een beginsel van burgerlijk procesrecht, maar van een in het hele rechtsverkeer geldende, algemene norm.⁶⁶

Het recht op mondelinge hoor en wederhoor wordt in de literatuur eveneens als beginsel van burgerlijk procesrecht genoemd. Volgens Smits vloeit dit recht echter niet voort uit het beginsel van hoor en wederhoor, dan wel uit art. 6 EVRM.⁶⁷ Snijders, Klaassen en Meijer menen eveneens dat dit (nog) niet het geval is.⁶⁸ Andere schrijvers menen dat de mondelinge behandeling van een zaak een verplicht karakter zou moeten krijgen in het burgerlijk procesrecht.⁶⁹ Daarop wordt niet nader ingegaan, omdat de 287 lid 4-, 287a- en 287b-verzoeken steeds mondeling worden behandeld.

Tot slot dient het beginsel dat de rechter zich onafhankelijk van partijen en derden dient op te stellen en partijen onbevooroordeeld en met respect voor hun gelijkwaardigheid tegemoet dient te treden te worden genoemd. Dit beginsel volgt uit de bepalingen omtrent wraking van en verschoning door de rechter in art. 36 Rv e.v.

2.3.2 *Het recht op hoor en wederhoor*

Het beginsel van hoor en wederhoor is het belangrijkste beginsel van het procesrecht en verdient daarom aparte bespreking.⁷⁰ Dit beginsel is van belang voor het onderzoek naar de art. 287 lid 4, 287a en 287b omdat sprake is van spoedprocedures en in 287 lid 4 niet wordt gesproken van het oproepen van

63 Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 30. Zie Van Schaick 2009, p. 19.

64 Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr 54; Lindijer, diss. 2006, p. 525 e.v.

65 Lindijer, diss. 2006, p. 441 en HR 13 november 1998, *NJ* 1999/173.

66 Van der Wiel 2004, p. 195.

67 Smits 2008, p. 113 en Heemskerk in zijn noot onder HR 26 februari 1988, *NJ* 1989/2.

68 Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 33.

69 De Waard, diss. 1987, p. 303; Asser, Groen & Vranken 2003, p. 85 en 150.

70 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 129, Crommelin, diss. 2007, p. 45, De waard, diss. 1987, p. 245. Conclusie AG L. Timmerman voor HR 9 november 2012, *L/N* BX5882.

derden/belanghebbenden. Het beginsel van hoor en wederhoor vindt zijn wortels in het Romeins recht en mogelijk kenden de Grieken het beginsel al.⁷¹

Het beginsel vloeit voort uit art. 6 EVRM waarin is vastgelegd dat een ieder⁷² bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling ('fair (...) hearing') van zijn zaak.⁷³ Vaste rechtspraak van het EHRM is dat een 'fair hearing' het recht op 'adversarial proceeding' omvat. Dit vereist dat de in rechte betrokken partijen kennis kunnen nemen van en zich kunnen uitlaten over alle gegevens en bescheiden die in het geding worden gebracht.⁷⁴

Art. 6 EVRM heeft in Nederland directe werking.⁷⁵ De rechter dient nationale wettelijke bepalingen die onverenigbaar zijn met art. 6 EVRM ambtshalve buiten toepassing te laten.⁷⁶ Voldoet een rechtsingang tot civiele procedures niet aan voorwaarden en vereisten zoals die uit art. 6 EVRM voortvloeien, dan zal de wetgever de bestaande rechtsorde door middel van regelgeving moeten aanpassen.⁷⁷ Hier kan gedacht worden aan art. 287 lid 4 waarin niet is bepaald dat de wederpartij (de schuldeiser tot wie zich het verzoek (als het ware) richt) wordt opgeroepen of anderszins wordt gehoord.

Zoals Smits stelt is het recht op gelijke proceskansen ('equality of arms') en het recht op een deugdelijke motivering van rechterlijke uitspraken nauw aan het recht op hoor en wederhoor verbonden.⁷⁸ Het recht op gelijke proceskansen houdt onder meer in dat partijen gelijkkelijk en in elkaars aanwezigheid worden gehoord. In het kader van dit onderzoek worden deze aspecten eveneens onder het beginsel van hoor en wederhoor geschaard.

Het recht op een eerlijk proces omvat volgens Knigge het recht op toegang tot de rechter, het recht op een eerlijke behandeling en het recht op een beslissing binnen een redelijke termijn.⁷⁹ Deze drie rechten zijn van het recht op een eerlijk proces afgeleid. In dit onderzoek zal aandacht worden besteed aan het recht op

71 Conclusie AG Van Oosten voor HR 17 november 1967, *NJ* 1968/178, m.nt. D.J. Veegens: 'De oorsprong van het 'audiatur et altera pars' schijnt gezocht te moeten worden in het treurspel 'Medea' van Seneca. In het tweede toneel van dit drama wordt Medea door koning Creon veroordeeld tot ballingschap, zonder door deze gehoord te zijn. Medea uit haar ontstemming daarover. Nadat Creon haar heeft toegevoegd: Nu de beslissing is gegeven, komt uw bezwaar te laat (Vox constituto sera decreto venit, 198), zegt Medea: Wie oordeelt zonder een van beide pp gehoord te hebben begaat een onrechtvaardigheid, ook al is zijn oordeel billijk (Qui statuit aliquid parte inaudita altera, Aequum licet statuerit, haud aequus fuit, 199–200).' De annotator bij dit arrest, D.J. Veegens, verwijst naar andere Griekse bronnen: 'Demosthenes heeft ons de eed van de Atheense rechters overgeleverd, toegeschreven aan Solon. Zij zwoeren met evenveel aandacht naar de beschuldigde te zullen luisteren als naar de aanklager. Ook Euripides, Thucydides en Aristophanes maken toespelingen op de regel'.

72 Onder 'een ieder' moeten tevens rechtspersonen worden verstaan. Zie EHRM 22 mei 1990, *NJ* 1991/740, m.nt. EAA; HR 1 juni 1993, *NJ* 1994/52 en voor overige bronnen: Knigge 1998, p. 7.

73 Van Apeldoorn, diss. 2009, p. 99, Smits 2008, p. 102 en EHRM 27 oktober 1993, *NJ* 1994/534, m.nt. EJD/HJS en EHRM 23 oktober 1996 *NJ* 1998/343. Ook in andere internationale verdragen, zoals art. 14 IVBPR en art. 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (een eerlijke behandeling) is dit beginsel terug te vinden. Deze verdragen worden omwille van de omvang van dit onderzoek buiten beschouwing gelaten. Zie nader Smits 2008, p. 95 e.v.

74 Zie onder meer EHRM 18 maart 1997, *NJ* 1998/278, m.nt. H.J. Snijders: '33. The Court notes that one of the elements of a fair hearing within the meaning of Article 6 § 1 is the right to adversarial proceedings; each party must in principle have an opportunity not only to make known any evidence needed for his claims to succeed, but also to have knowledge of and comment on all evidence adduced or observations filed with a view to influencing the court's decision (...)' en EHRM 26 juli 2011, 58222/09 (Juricic/Kroatië), r.o. 73.

75 Smits 2008, p. 27.

76 Knigge 1998, p. 3 en 9.

77 Knigge 1998, p. 3.

78 Smits 2008, p. 102.

79 Knigge 1998, p. 10 e.v..

toegang tot de rechter. Dit recht kan in het gedrang zijn waar geen recht van hoger beroep is opengesteld tegen beslissingen op 287b-verzoeken en betrokken schuldeisers geen verzoeken tot wijziging van voorlopige voorzieningen ex art. 287 lid 4 of 287b kunnen vragen bij de insolventierechter.

Mede door de wijze waarop het EHRM de bepaling uitlegt en toepast is art. 6 EVRM van grote betekenis geworden voor civiele procedures.⁸⁰ Het EHRM hecht blijkens zijn uitspraken grote waarde aan het recht op een eerlijk proces. Dat recht is volgens het EHRM essentieel voor de realisering van een democratische rechtstaat waarvoor vertrouwen van justitiabelen in het goed functioneren van rechtspraak van groot belang is. Dit valt af te leiden uit een uitspraak van het EHRM uit 1997: 'What is particularly at stake here is litigants' confidence in the workings of justice, which is based on, inter alia, the knowledge that they have had the opportunity to express their views on every document in the file.'⁸¹ Dat het stuk, waarover partijen zich niet hebben kunnen uitlaten, (mogelijk) niet van invloed is geweest op de beslissing, is volgens het EHRM daarom van weinig belang. Bij herhaling heeft het EHRM overwogen dat 'the effect [that observations not submitted to a litigant] actually had on the decision is of little consequence.'⁸² Het standpunt dat de rechter zijn oordeel niet heeft gebaseerd op het desbetreffende stuk kan daarom niet afdoen aan de schending van art. 6 lid 1 EVRM.⁸³ Zelfs als dat stuk niet van betekenis is voor de te beslechten punten of, naar het oordeel van de nationale rechter, geen nieuwe feiten of argumenten behelst voor afdoening van de zaak, dienen partijen in de gelegenheid gesteld te worden daarop te reageren. Het is immers vaste rechtspraak dat het niet aan de rechter, maar aan partijen is te beoordelen of het stuk noopt tot een reactie.⁸⁴ De rechter dient erop toe te zien dat partijen de gelegenheid tot hoor en wederhoor krijgen.

Het beginsel van hoor en wederhoor is onder andere terug te vinden in art. 19 Rv dat betrekking heeft op alle procedures waarop het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing is.⁸⁵ De Hoge Raad heeft meermalen geoordeeld dat het beginsel onder meer inhoudt dat partijen over en weer voldoende gelegenheid krijgen hun standpunten naar voren te brengen, kennis te nemen van en zich uit te laten over elkaars standpunten en over alle stellingen en stukken die de rechter aan zijn beoordeling ten grondslag legt.⁸⁶

⁸⁰ Knigge 1998, p. 9.

⁸¹ EHRM 18 februari 1997, *LJN* AD2686, *NJ* 1997/590

⁸² EHRM 18 februari 1997, *LJN* AD2686, *NJ* 1997/590 en EHRM 19 mei 2005, *LJN* AT9129, *NJ* 2006/14.

⁸³ EHRM 19 mei 2005, *LJN* AT9129, *NJ* 2006/14.

⁸⁴ EHRM 18 februari 1997, *LJN* AD2686, *NJ* 1997/590, r.o. 29: 'Nor is the position altered when, in the opinion of the courts concerned, the observations do not present any fact or argument which has not already appeared in the impugned decision. Only the parties to a dispute may properly decide whether this is the case; it is for them to say whether or not a document calls for their comments.' Zie voorts HR 9 november 2012, *LJN* BX5882, *NJ* 2012/637.

⁸⁵ Het belang van het beginsel van hoor en wederhoor blijkt eveneens uit een arrest van de Hoge Raad van 10 november 2000, *LJN* AA8289, *NJ* 2001/301, m.nt. H.J. Snijders. De Hoge Raad achtte het oordeel van het Hof dat een partij die geen grieven heeft ingediend niet bevoegd zou zijn zijn zaak te doen bepleiten in strijd met het in art. 6 EVRM gegeven recht op 'fair hearing'. De appellant moet, aldus de Hoge Raad, de door hem in eerste aanleg aangevoerde stellingen en werken kunnen toelichten, verbeteren en aanvullen. Eerder had de Hoge Raad dit bepaald in een verzoekschriftprocedure (HR 15 maart 1996, *NJ* 1997/341, m.nt. H.J. Snijders).

⁸⁶ Zie onder meer HR 12 mei 1989, *NJ* 1989/647 en HR 31 januari 2003, *LJN* AF0201, *NJ* 2004/48, m.nt. W.D. H. Asser.

Het beginsel van hoor en wederhoor wordt in de literatuur uitgewerkt in een aantal 'subregels'.⁸⁷ De voor dit onderzoek van belang zijnde subregels worden hierna weergegeven en voorzover nodig wordt de betekenis ervan voor de rechter uitgewerkt. Daarbij wordt de chronologie van een rechtszaak gevolgd. Bezien vanuit de positie van partijen bevat het beginsel van hoor en wederhoor de volgende rechten:

a. Het recht informatie te ontvangen dat een procedure van start gaat, wat het onderwerp daarvan is, op welke stellingen de wederpartij zich baseert en welk materiaal deze in de procedure inbrengt.⁸⁸

Smits verstaat hieronder mede het recht op een behoorlijke oproeping. Hij wijst daarbij op de magere wijze van oproeping in verzoekschriftprocedures, te weten per gewone brief, en benadrukt dat deze afsteekt bij de wijze van in kennisstelling in de dagvaardingsprocedure. Dit valt volgens hem in het licht van art. 6 EVRM niet goed te verdedigen.⁸⁹ Knigge wees hier in 1998 reeds op.⁹⁰ In 2011 heeft de Hoge Raad twee arresten gewezen waaruit kan worden afgeleid dat de oproeping in verzoekschriftprocedures in de praktijk tot problemen leidt.⁹¹ In de zaak die tot het arrest uit oktober 2011 leidde, had de griffier van het hof de belanghebbende tweemaal een (aangetekende) brief (eerst met het beroepschrift en daarna de oproeping voor de mondelinge behandeling) aan het verkeerde adres gezonden, terwijl in de beschikking van de rechtbank het juiste adres was vermeld. In de zaak die tot het tweede arrest leidde, waren zes belanghebbenden per gewone brief opgeroepen voor de behandeling van een verzoekschrift in hoger beroep. Vijf van de zes belanghebbenden waren niet verschenen. Het hof had de zaak vervolgens (gewoon) behandeld en beslist. Gelet op het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor dient de rechter volgens de Hoge Raad daar waar sprake is van feiten of omstandigheden op grond waarvan redelijkerwijs twijfel kan bestaan of de oproep door de (in dit geval) belanghebbende is ontvangen, onderzoek naar die ontvangst te doen en, als daartoe aanleiding bestaat, de datum van de mondelinge behandeling te verplaatsen of een nieuwe mondelinge behandeling te bepalen. Van die omstandigheden was sprake, omdat vijf van de zes opgeroepen niet waren verschenen, terwijl een aantal van hen in eerste aanleg wel was verschenen. Het ging bovendien om een ontheffing uit de ouderlijke macht: een diep ingrijpende maatregel. Daar kwam nog bij dat tijdig voor de uitspraak ter kennis van het hof was gebracht dat de oproep niet was ontvangen door de moeder en haar advocaat.

b. Het recht om in te brengen.

c. Het recht om te reageren.

Dit betekent enerzijds dat de rechter slechts rekening mag houden met feiten als partijen voldoende gelegenheid hebben gehad zich daarover uit te laten; en anderzijds dat hij feiten waarover een partij zich niet heeft kunnen uitlaten,

87 Crommelin, diss. 2007, p. 53. Zie tevens De Waard, diss. 1987 p. 245 e.v.

88 De Waard, diss. 1987, p. 248. Dit aspect speelt vooral in het administratief recht, maar is in het kader van dit onderzoek ook van belang.

89 Smits 2008, p. 107.

90 Knigge 1998, p. 265 en 266. Destijds was titel 3 nog niet ingevoerd. De regels omtrent oproeping van belanghebbenden waren neergelegd in het Besluit oproepingen, mededelingen en zendingen verzoekschriftprocedures, dat nadien zonder grote wijzingen in titel 3 is opgenomen, zie Knigge 1998, p. 242.

91 HR 21 oktober 2011, *L/JN* BR3086 en HR 16 november 2011, *L/JN* BX5573.

buiten beschouwing moet laten. De rechter beslist dus alleen aan de hand van stukken waarover partijen zich hebben kunnen uitlaten. Zij moeten de inhoud van die stukken dan tot zich hebben kunnen nemen.⁹² In verzoekschriftprocedures komt het vaak voor dat stukken op de zitting worden ingediend. De rechter mag daarmee wel rekening houden, maar de aard en omvang van die stukken mag geen beletsel vormen voor de andere partijen om daarvan direct kennis te nemen en daarop te reageren. Als dat niet het geval is dan moeten deze stukken buiten beschouwing blijven, of moet de zaak worden aangehouden. Het is mogelijk dat een stuk niet wordt overgelegd maar alleen wordt getoond. De rechter mag daarmee wel rekening houden zolang het stuk zich daar qua aard, en de rol die het in de zaak speelt, voor leent.

d. Het recht om de volledigheid en de juistheid van de gegevens te toetsen.

Dit betekent dat de rechter zijn beslissing alleen mag baseren op feiten waarvan partijen de juistheid hebben kunnen nagaan en die zij ter discussie hebben kunnen stellen.⁹³ Dit geldt onverkort voor zowel dagvaardings- als verzoekschriftprocedures.⁹⁴ Als een stuk buiten de zitting in het geding wordt gebracht zonder dat blijkt dat daarvan afschrift is gegeven aan de wederpartij en de rechter betwijfelt of deze van het in het geding gebrachte stuk kennis heeft, dan rust op de rechter de ambtshalve plicht om de wederpartij ervan op de hoogte te brengen dat het desbetreffende stuk behoort tot de hem overgelegde stukken van het geding, en behoort hij die partij in de gelegenheid te stellen zich desgewenst over dit stuk uit te laten.⁹⁵ Aard en omvang van kort voor de terechtzitting overgelegde stukken mogen voor de andere partij geen beletsel vormen om daarvan binnen de beschikbare tijd kennis te nemen en daarop adequaat te (kunnen) reageren.⁹⁶

e. Het recht om in gelijke mate te worden gehoord.⁹⁷

Het gaat erom dat alle partijen gelijke kansen krijgen om voor hun belangen op te komen.

Uit het beginsel van hoor en wederhoor, noch uit art. 6 EVRM lijkt voort te vloeien dat een recht bestaat op een mondelinge behandeling.⁹⁸ Anderzijds wees reeds Van Boneval Faure (1893) erop dat het hoofdbeginsel van openbaarheid afhankelijk is van de wijze van behandeling van een rechtsgeding en dat dit hoofdbeginsel (daarom) meebrengt dat het (burgerlijk) procesrecht mede berust op een mondelinge behandeling.⁹⁹ Uiteraard geldt dat het partijen vrij staat afstand te doen van de bescherming van het beginsel van hoor en wederhoor.¹⁰⁰ Een partij die niet verschijnt, doet in feite afstand van elk recht gehoord te

92 HR 22 november 1996, *NJ* 1997/204 (m.nt. PAS onder HR 22 november 1996, *NJ* 1997/205) r.o. 3.2.

93 HR 18 februari 1994, *NJ* 1994/742, m.nt. HJS en HR 21 februari 1997, *NJ* 1994/4, m.nt. HJS. Zie voorts art. 24 Rv.

94 Dit is vaste rechtspraak en de heersende opvatting in de literatuur. Zie AG Vranken in zijn conclusie voor HR 12 februari 1993, *NJ* 1993/596. Zie art. 290 voor verzoekschriftprocedures en Smits 2008, p. 117.

95 Zie Smits 2008, p.117 en HR 24 december 1993, *NJ* 1994/194.

96 HR 29 november 2002, *NJ* 2004/172, m.nt. HJS.

97 Crommelin, diss. 2007, p. 51. Dit betreft de uit het in art. 6 EVRM neergelegde recht op 'fair (...) hearing' voortvloeiende 'equality of arms'.

98 Smits 2008, p. 113 en Heemskerk in zijn noot onder HR 26 februari 1988, *NJ* 1989/2. Voorzichtig anders Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 33.

99 Van Boneval Faure 1893, p. 108.

100 HR 12 mei 1989, *NJ* 1989/647.

worden in de instantie waarin hij niet verschijnt. Het kan ook zijn dat hij aangeeft over bepaalde stukken niet gehoord te hoeven worden.¹⁰¹ Het moet daarbij wel volstrekt duidelijk zijn dat een partij afstand doet van zijn recht te worden gehoord.

Het beginsel van hoor en wederhoor geldt niet voor beslissingen van louter administratieve aard, zoals bepaalde rolbeslissingen.¹⁰² Dergelijke beslissingen kan de rechter nemen zonder partijen in de gelegenheid te stellen zich eerst hierover uit te laten.¹⁰³

In de hoofdstukken 3, 4 en 5 wordt de betekenis van het beginsel van hoor en wederhoor voor de drie wetsartikelen nader uitgewerkt.

2.4 Met art. 287 lid 4, 287a en 287b vergelijkbare procedures uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

2.4.1 Inleiding

In deze paragraaf worden enkele met de art. 287 lid 4, 287a en 287b vergelijkbare procedures uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering beschreven. Aspecten die voor het onderzoek niet van belang zijn worden buiten beschouwing gelaten.

2.4.2 De verzoekschriftprocedure (titel 3)

Het Nederlandse burgerlijk procesrecht kent twee basistypes voor procedures: de dagvaardingsprocedure en de verzoekschriftprocedure (titel 3). Een van de bezwaren tegen de verzoekschriftprocedure was dat veel onderwerpen niet of nauwelijks waren geregeld. Met de verzoekschriftprocedure per 1 januari 2002 is echter sprake van een vrij volledige regeling in titel 3. De regeling lijkt op een groot aantal punten op de dagvaardingsprocedure.¹⁰⁴ De voordelen van de verzoekschriftprocedure zijn nog steeds dat de procedure (over het algemeen) sneller verloopt en daarmee goedkoper is, alsook dat deze wat informeler van karakter is. De procedure wordt voorts gekenschetst als eenvoudiger, soepeler, elastischer, vrijer en informeler dan de gewone procedure.¹⁰⁵ Dit is bij de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b eveneens van belang.

Een ander verschil met de dagvaardingsprocedure is dat de rechter bij de verzoekschriftprocedure actiever is dan bij gewone procedures. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de bevoegdheid van de rechter om door hem aangewezen getuigen op te roepen (art. 284 lid 2 Rv) en de bevoegdheid andere dan in het

¹⁰¹ HR 20 november 1996, *NJ* 1997/288, m.nt. P.C.E. van Wijmen, r.o. 3.19 en HR 29 juni 1990, *NJ* 1990/732 r.o. 3.12.

¹⁰² Tegen rolbeschikkingen staat geen rechtsmiddel open. Zie voorts Van Apeldoorn, diss. 2009, p. 85.

¹⁰³ Crommelin, diss. 2007, p. 59. Daarnaast zijn er bijzondere omstandigheden op grond waarvan het niet nodig is partijen te horen. Zie EHRM 23 oktober 1996, *LJN* AD2631, *NJ* 1998/343.

¹⁰⁴ Wet van 6 december 2001, *Stb.* 2001, 580.

¹⁰⁵ Schaafsma-Beverluis, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, Derde titel Rv., aant. 1 en Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 295.

verzoekschrift vermelde belanghebbenden op te roepen (art. 279 lid 1 Rv). Dit verschil is minder groot dan het lijkt, nu de rechter in de dagvaardingsprocedure de voortgang van de procedure dient te bewaken (art. 20 Rv) en steeds meer een regiefunctie heeft gekregen.¹⁰⁶ De actieve rol van de rechter is eveneens zichtbaar in de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b.

Als nadeel kan genoemd worden dat er in de verzoekschriftprocedure geen gelegenheid is voor een schriftelijk debat tussen betrokkenen voordat de rechter van de zaak kennisneemt en dat er tijdens de mondelinge behandeling nog stukken overgelegd kunnen worden. Dit biedt ruimte voor verrassingstactieken.¹⁰⁷

2.4.2.1 HET VERZOEKSCHRIFT, HET VERWEERSCHRIFT EN DE MONDELINGE BEHANDELING

Het verzoekschrift moet het verzoek en de gronden daarvoor bevatten (art. 278 lid 2 Rv). In art. 278 Rv wordt geen melding gemaakt van het overleggen van schriftelijke stukken, maar het ligt voor de hand dat dit kan, ja soms zelfs moet. In art. 21 Rv is immers de plicht opgenomen om de van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren.¹⁰⁸ Tegen die achtergrond geldt dat (met name in contentieuze verzoekschriftprocedures) van een verzoeker mag worden verwacht dat hij de bewijsmiddelen waarover hij kan beschikken en de getuigen die hij kan doen horen ter onderbouwing van zijn stellingen/verweren vermeldt. Aldus wordt in de verzoekschriftprocedure in het schriftelijke debat tijdig tot de kern van de zaak gekomen en zal de mondelinge behandeling effectiever zijn.¹⁰⁹ De inhoud van het verzoekschrift wordt in het KEI-wetsvoorstel geregeld, in art. 278 jo. 30a Rv (nieuw). Art. 30a Rv (nieuw) regelt voor elke procedure hoe het proces wordt ingeleid. Anders dan in de huidige regeling wordt bepaald dat de bekende namen en woonplaats van de belanghebbenden moeten zijn vermeld (art. 30a lid 3 onder b Rv ontwerp), evenals de tegen het verzoek aangevoerde verweren en gronden daarvoor (art. 30a lid 3 onder f Rv ontwerp) en tot slot de bewijsmiddelen waarover de verzoeker beschikt (tot staving van de betwiste gronden van het verzoek) en de getuigen die hij daartoe kan horen (art. 30a lid 3 onder g Rv ontwerp). Stukken dienen in beginsel in de schriftelijke fase overgelegd te worden, opdat de rechter en belanghebbenden daarvan voor de zitting kunnen kennisnemen.¹¹⁰ Dit neemt niet weg dat rekening kan worden gehouden met bij de mondelinge behandeling overgelegde stukken. Hier gelden twee grenzen. Ten eerste mogen aard en omvang voor de andere partij/belanghebbende geen beletsel vormen om van de inhoud kennis te nemen. Ten tweede moet die andere partij/belanghebbende daartoe de gelegenheid krijgen.¹¹¹ Deze

¹⁰⁶ Zie par. 2.2.

¹⁰⁷ C.J.J.C. van Nispen, *'De terloopse hercodificatie van ons burgerlijk procesrecht'*, Deventer: Kluwer 1993, p. 32 en 33.

¹⁰⁸ In de dagvaardingsprocedures geldt de zogeheten bewijsaandragplicht van art. 128 lid 5 Rv (conclusie van antwoord in de dagvaardingsprocedure); deze ligt in het verlengde van genoemd art. 21 Rv.

¹⁰⁹ Zie het Procesreglement verzoekschriftprocedures rechtbanken sector kanton, Stert. 21 december 2012 nr. 26608, art. 1.4.3. Schriftelijke bewijs en andere stukken waarop partijen zich tijdens de mondelinge behandeling willen beroepen moeten zoveel mogelijk vijf werkdagen voor die zitting worden ingediend.

¹¹⁰ HR 27 juni 1997, *NJ* 1998/328, m.nt. HJS.

¹¹¹ HR 4 november 1994, *NJ* 1995/98 en HR 27 juni 1997, *NJ* 1998/38. Zie Crommelin diss. 2007, p. 45 e.v.

regels worden bij de bestudering van de procedures van art. 287 lid, 287a en 287b – in de hoofdstukken 3, 4 en 5 – op hun bruikbaarheid geanalyseerd.

De hoofdregel is dat personen (verzoekers en belanghebbenden) die in de procedure zijn verschenen bij gewone brief worden opgeroepen (art. 271 Rv).¹¹² Belanghebbenden die niet zijn verschenen ontvangen deze oproep per aange-tekende brief (art. 272 Rv). Steeds geldt dat de rechter een andere wijze van oproeping kan bepalen. Oproeping per e-mail of fax is dus mogelijk.¹¹³

In art. 279 lid 2 Rv is bepaald dat oproeping altijd vergezeld gaat van een afschrift van het verzoekschrift, behalve als oproeping niet bij brief of exploit geschiedt, of de rechter anders bepaalt.¹¹⁴

Iedere belanghebbende kan tot de aanvang van de mondelinge behandeling een verweerschrift indienen (art. 282 Rv). Het verweerschrift kan zelfs nog in de loop van die mondelinge behandeling worden ingediend, maar dan is toestemming van de rechter nodig. Het indienen van een verweerschrift is niet verplicht; een belanghebbende kan volstaan met het voeren van mondeling verweer. De verzoeker en andere belanghebbenden krijgen dan van de griffier een afschrift van het verweerschrift.

Voor het verweerschrift gelden dezelfde eisen als voor het verzoekschrift, doordat art. 278 Rv op het verweerschrift van overeenkomstige toepassing is verklaard. Hiervoor is al aangegeven dat, gelet op art. 21 Rv, van verzoeker mag worden verlangd dat hij de bewijsmiddelen waarover hij kan beschikken en de getuigen die hij kan doen horen ter onderbouwing van zijn stellingen vermeldt. In het KEI-wetsvoorstel wordt het verweerschrift niet alleen geregeld in art. 30i Rv (nieuw) maar ook in art. 282 Rv (nieuw), dat verwijst naar onderdelen van art. 30a en 278 Rv (nieuw). In het kader van onderhavig onderzoek is van belang dat het verweerschrift tot tien dagen voor de mondelinge behandeling of later met toestemming van de rechter moet worden ingediend. Als een partij in persoon kan procederen dan kan ook mondeling verweer gevoerd worden. Evenals voor het verzoekschrift (o.g.v. art. 30i lid 6 Rv ontwerp), geldt voor het verweerschrift dat de bewijsmiddelen waarover belanghebbende kan beschikken en de getuigen die hij kan doen horen moeten worden vermeld. Het verweerschrift mag een tegenverzoek bevatten (art. 30i lid 8 Rv ontwerp). Het verzoekschrift wordt, zoals opgemerkt, in beginsel ter zitting behandeld. Deze zitting is in beginsel openbaar. Dit volgt uit het toepasselijke art. 27 Rv. Behandeling ter zitting vindt niet plaats als de rechter zich direct onbevoegd verklaard of het verzoek toewijst (art. 279 lid 1 Rv). Het eerste geval doet zich slechts voor als internationale bevoegdheid ontbreekt en het gaat om een zaak die niet ter vrije bepaling van partijen staat.¹¹⁵

112 Met de term 'in de procedure verschenen' wordt niet alleen een verschijnen ter zitting bedoeld, maar het al dan niet bij gemachtigde indienen van een verweerschrift.

113 Met de invoering van het KEI-wetsvoorstel kan dit ook digitaal, in die zin dat art. 271 Rv (nieuw) stelt dat de rechter nader kan bepalen hoe de oproeping geschiedt.

114 Art. 279 Rv vervalt in het KEI-wetsvoorstel. De (oproeping voor) mondelinge behandeling wordt in art. 30j Rv (nieuw) geregeld. Nieuw is dat een oproeptermijn voor de mondelinge behandeling is bepaald. Deze bedraagt ten minste drie weken, tenzij sprake is van een behandeling in kort geding.

115 *Kamerstukken II* 1999/00, 26 855, nr. 3, p. 153-154 en 156.

Het verhandelde en de zakelijke inhoud van de verklaringen ter zitting worden vastgelegd in een door rechter en griffier te ondertekenen proces-verbaal (art. 279 lid 4 Rv).¹¹⁶

In de verzoekschriftprocedure wordt bij niet-verschijnen van een belanghebbende (of verzoeker) geen verstek verleend.¹¹⁷ De gevolgen van het niet-verschijnen van een partij in een verzoekschriftprocedure zijn moeilijk te duiden. Bij verzoeken aangaande rechtsbetrekkingen die niet te vrijer beschikking staan, wordt door Ynzonides aangenomen dat de rechter bij gebreke van een verweer inhoudelijk zal beoordelen of het verzoek voor toewijzing in aanmerking komt.¹¹⁸ Als het om rechtsbetrekkingen gaat die wel te vrijer beschikking van partijen staan, kan het ontbreken van verweer volgens Ynzonides tot automatische toewijzing van het verzoek leiden. Het is de vraag of dat in de praktijk steeds het geval is, en of dit wel juist is. De rechter heeft in de verzoekschriftprocedure immers over het algemeen een actievere rol. Hij heeft daarom de vrijheid ondanks het ontbreken van verweer een nader onderzoek in te stellen. Overigens mag het ontbreken van verweer er niet toe leiden dat het verzoekschrift niet ter zitting wordt behandeld, omdat belanghebbenden ervoor mogen kiezen pas ter zitting mondeling verweer te voeren.¹¹⁹

De verzoeker en elke belanghebbende hebben op grond van art. 290 lid 1 Rv recht op inzage in en afschrift van het verzoekschrift, de verweerschriften, de processen-verbaal en alle op de zaak betrekking hebbende stukken (art. 290 lid 1 Rv). Het is goed te bedenken dat een belanghebbende dit recht heeft ongeacht of hij is opgeroepen, ter terechtzitting is verschenen en/of een verweerschrift heeft ingediend. Art. 290 Rv komt overeen met art. 429 I lid 1 Rv (oud). Met deze laatste bepaling wilde de wetgever tegemoetkomen aan klachten over het beslissen door de rechter aan de hand van voor belanghebbenden onbekende stukken. In de memorie van toelichting bij dit art. 429k Rv (oud) is het volgende vermeld: ‘Het is een bekende klacht van de praktijk, dat de rechter beslissingen op verzoekschrift kan gronden op bescheiden die aan belanghebbenden onbekend zijn. Een bevredigende oplossing geeft vooropstelling van het beginsel dat iedere belanghebbende recht heeft de processtukken en de overige op de zaak betrekking hebbende bescheiden te kennen en daarvan desverlangd afschrift te verkrijgen; het laatste is vooral in geval van hoger beroep van belang. Weliswaar kan dit beginsel in enkele gevallen niet volkomen worden gehandhaafd, kan het b.v. in voogdijzaken wenselijk zijn de adviezen van de raad voor de kinderscherming niet volledig mede te delen, doch daarin dient een bijzondere wettelijke regeling te voorzien’.¹²⁰

¹¹⁶ Deze bepaling wordt met art. 30n Rv (nieuw) versoepeld. Hierin is bepaald dat proces-verbaal wordt opgemaakt indien de rechter dit ambtshalve, of op verzoek van een partij die daarbij belang heeft, bepaalt of op verzoek van de hogerberoepsrechter of de Hoge Raad. Voorts is nieuw dat art. 30n lid 4 en 7 Rv bepalen dat de verklaring van een partij, getuige of deskundige geheel in het proces-verbaal kan worden opgenomen, respectievelijk dat het proces-verbaal kan worden vervangen door een beeld- of geluidsopname.

¹¹⁷ Bijzonder is (daarom) dat de Faillissementswet wel een verstekregeling kent in het geval dat het faillissement van een schuldenaar wordt verzocht, in die zin dat de niet verschenen schuldenaar in verzet kan komen tegen het vonnis waarbij hij failliet is verklaard, zie art. 8 lid 2.

¹¹⁸ Ynzonides, diss. 1996, p. 233.

¹¹⁹ Dit volgt uit de tekst van art. 282 Rv, zie Van Mierlo 2014, (T&C Rv), art. 282 aant. 5. Zie Schaafsma-Beversluis, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, aant. 11a.

¹²⁰ *Kamerstukken II* 1963/64, 7753, nr. 3, p. 7.

2.4.2.2 WIJZIGING VAN HET VERZOEK (ART. 283 RV)

Zolang geen eindbeschikking is gegeven kan de verzoeker het verzoek of de gronden daarvan verminderen. Onder gronden worden zowel de feitelijke gronden als de juridische gronden verstaan. Verzoeker kan het verzoek ook veranderen of vermeerderen, maar dat moet in beginsel schriftelijk. Onder omstandigheden kan dit mondeling. Het moet dan gaan om situaties waarin (de) andere belanghebbende(n) niet onredelijk worden bemoeilijkt in het voeren van verweer tegen het gewijzigde verzoek.¹²¹

De rechter kan de vermeerdering/verandering ambtshalve op grond van de goede procesorde buiten beschouwing laten.¹²² Dit geldt zelfs indien de belanghebbende er uitdrukkelijk mee instemt. De reden hiervoor is dat de rechter bescherming moet bieden aan belanghebbenden die in persoon procederen.

Voor de dagvaardingsprocedure is in art. 130 lid 3 Rv bepaald dat als een partij niet is verschenen (en jegens haar verstek is verleend) een verandering of vermeerdering van eis tegen die partij is uitgesloten, tenzij de eiser de verandering of vermeerdering tijdig bij exploit aan haar kenbaar heeft gemaakt. Het is twijfelachtig of deze bepaling van overeenkomstige toepassing is ten aanzien van belanghebbenden die niet verschenen zijn in de verzoekschriftprocedure. Immers, een beschikking in een verzoekschriftprocedure heeft werking ten opzichte van alle belanghebbenden, ook ten opzichte van hen die niet in de procedure zijn verschenen. In de parlementaire geschiedenis is aan de overeenkomstige toepassing van art. 130 lid 3 Rv in de verzoekschriftprocedure geen aandacht besteed.¹²³

Tegen de beslissing van de rechter naar aanleiding van het bezwaar van belanghebbende(n) tegen de vermeerdering en/of verandering van het verzoek, of tegen een ambtshalve beslissing tot weigering van een dergelijke vermeerdering en/of verandering staat geen hogere voorziening open. Dit volgt uit het van toepassing verklaarde art. 130 lid 2 Rv. De Hoge Raad heeft beslist dat voor het hier bedoelde rechtsmiddelenverbod de zogenaamde leer van de doorbreking van het rechtsmiddelenverbod niet geldt.¹²⁴

2.4.2.3 BEWIJSRECHT (ART. 284 RV)

Het volledige bewijsrecht zoals neergelegd in de negende afdeling van titel 2 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is van toepassing op de verzoekschriftprocedure. Dit geldt niet indien de aard van de zaak zich hiertegen verzet. Hieronder mag de aard van de procedure worden verstaan.¹²⁵ Het gaat dan om zaken waar geen tegenpartij is, of procedures die zich – gelet op hun spoedeisendheid – niet lenen voor toepassing van dat bewijsrecht. Hierbij heeft de wetgever met name gedacht aan verzoeken die strekken tot het nemen van

¹²¹ Van Mierlo 2012, (T&C Rv), art. 283 Rv, aant. 3.

¹²² Zie HR 13 januari 1995, NJ 1995/370 en Schaafsma-Beversluis, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 283 Rv, aant. 3.

¹²³ Schaafsma-Beversluis, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 283 Rv, aant. 3.

¹²⁴ HR 28 mei 1999, NJ 2000/220, m.nt. JBMV; zie voor de doorbreking van het rechtsmiddelenverbod H.J. Snijders & A. Wendels, *Civiel appel*, W.E.J. Tjeenk Willink 2003, bewerkt door H.J. Snijders, nr. 36 en nr. 10.3 e.v.

¹²⁵ Van Mierlo 2014, (T&C Rv), art. 284 Rv, aant. 5.

conservatoire maatregelen alsmede aan voorlopige voorzieningen. Overigens staat het de rechter vrij in dergelijke zaken de bewijsregels overeenkomstig toe te passen. In de procedures van art. 287 lid 4 en 287b lijken regels van bewijsrecht (mede) daarom niet van toepassing. Dit ligt minder voor de hand bij de procedures van art. 287a.

Titel 3 voorziet niet expliciet in het geven van een tussenbeschikking, maar dit is wel mogelijk. Uit art. 290 lid 3 Rv wordt afgeleid dat een mondelinge tussenbeschikking niet mogelijk is.¹²⁶

Evenals in de dagvaardingsprocedure geldt in de verzoekschriftprocedure als hoofdregel dat iedere beschikking uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard, tenzij de wet anders bepaalt of de aard van de beschikking zich daartegen verzet.¹²⁷ De uitvoerbaarbijvoorraadverklaring kan worden verzocht, anders dan in de dagvaardingsprocedure kan de rechter deze tevens ambtshalve uitspreken.

Voor de verzoekschriftprocedure is in art. 289 Rv bepaald dat de eindbeschikking een veroordeling in de proceskosten 'kan' inhouden. We zagen reeds dat de Hoge Raad deze bepaling in insolventieprocedures analogisch toepast. De proceskostenveroordeling kan ambtshalve worden uitgesproken. De losse formulering hangt samen met het feit dat sprake kan zijn van eenzijdige verzoekschriften waarbij geen (duidelijke) wederpartij kan worden aangewezen.

Er zijn echter verzoekschriftprocedures waarin wel een duidelijke tegenpartij kan worden aangewezen en die overeenkomst vertonen met de contentieuze procedure. In dit soort gevallen is het redelijk dat de rechter een kostenveroordeling kan uitspreken. Een proceskostenveroordeling is geen sanctie maar een rechtsgevolg van procesverlies en – in de woorden van Van der Wiel – als een billijke risicotoedeling te beschouwen.¹²⁸ Het wordt aan het inzicht van de rechter, die over de feiten oordeelt, overgelaten of hij aanleiding vindt in het gegeven geval een veroordeling in de proceskosten uit te spreken.¹²⁹ Gehele of gedeeltelijke compensatie van de kosten is mogelijk als partijen familie van elkaar zijn of over en weer op enkele punten in het ongelijk zijn gesteld. Nodeloos gemaakte kosten komen voor rekening van de partij die deze aanwendde of veroorzaakte.¹³⁰ Volgens Snijders, Klaassen en Meijer is een (proces)kostenveroordeling in een verzoekschriftprocedure meer uitzondering dan regel.¹³¹ De rechter is bij het bepalen van de hoogte van de proceskostenveroordeling niet gebonden aan het (desbetreffende) liquidatietarief.¹³² Maar in de praktijk wordt de hoogte ervan wel aan de hand van dit tarief bepaald.¹³³ Slechts onder bijzondere omstandigheden wordt van het tarief afgeweken.¹³⁴

126 Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 310.

127 Schaafsma-Beverluis, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 288 Rv, aant. 5.

128 Van der Wiel 2004, p. 328 en 331.

129 HR 11 februari 2000, *NJ* 2000, 239 en zie voor een insolventieprocedure: HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998/68.

130 Van Mierlo 2014, (T&C Rv), art. 289, aant. 2 en HR 5 oktober 2001, *NJ* 2001/651.

131 Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 122.

132 Van Mierlo 2014, (T&C Rv), art. 289, aant. 2 en HR 20 maart 2009, *LJN* BG7995, *NJ* 2009/234, m.nt. S.F.M. Wortmann.

133 Bijvoorbeeld Hof Arnhem 13 juli 2010, *LJN* BN0770.

134 Bijvoorbeeld Hof Amsterdam 23 september 2008, *LJN* BG8013 en Rb. Haarlem 22 februari 2012, *LJN* BV6710.

2.4.2.4 HOGER BEROEP TEGEN BESCHIKKINGEN

Van beschikkingen kan hoger beroep worden ingesteld. De appeltermijn bedraagt drie maanden. Deze termijn begint voor de verzoeker en verschenen belanghebbenden te lopen vanaf de dag van de uitspraak (art. 358 lid 2 Rv). Voor de niet verschenen belanghebbende loopt deze na de dag van betekening van de beschikking, of nadat deze hun op andere wijze bekend is geworden.¹³⁵ Tenzij anders is bepaald kan van tussenbeschikkingen pas met de eindbeschikking hoger beroep worden ingesteld.¹³⁶ Het hoger beroep wordt ingesteld door middel van een beroepsschrift.

2.4.3 *Het kort geding (art. 254 Rv)*

2.4.3.1 INLEIDING

De art. 287 lid 4 en 287b introduceren de voorlopige voorziening in het insolventierecht. Daarom wordt in deze paragraaf een beschrijving gegeven van de voorlopigevoorzieningenprocedures in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

In art. 254 Rv is bepaald dat de burgerlijke rechter (voorzieningenrechter geheten) in spoedeisende zaken bevoegd is voorlopige voorzieningen te treffen. Deze rechtsgang wordt kort geding genoemd.

In art. 254 Rv gaat het om 'spoedeisende zaken', 'belangen van partijen' en 'een onmiddellijke voorziening bij voorraad (...) vereist'. De drie begrippen worden vaak samengetrokken tot het bekende 'spoedeisend belang'.¹³⁷ Spoedeisendheid wordt beschouwd als wezenlijk kenmerk van de procesvoering. De rechter zal dit element ambtshalve beoordelen.¹³⁸ Uit de jurisprudentie blijkt dat spoedeisendheid gemakkelijk door de rechter wordt aangenomen. Dit kan niet los worden gezien van de lange duur van de bodemprocedure.

Uitgaande van het recht of de vordering van eiser, zal de kortgedingrechter een belangenafweging maken. Het gaat daarbij enerzijds om het belang van de eisende partij bij de gevraagde voorziening en anderzijds om het belang van de gedaagde partij bij het achterwege blijven van een dergelijke maatregel. Deze afweging staat niet los van de voorlopige visie op hetgeen rechtens is (het timmermansoog genoemd).¹³⁹ De voorzieningenrechter is niet verplicht een prognose te stellen over de uitkomst in de hoofdzaak,¹⁴⁰ maar kan daaraan niet zonder nadere motivering voorbijgaan.¹⁴¹ Vooral bij toewijzende beslissingen geldt dat deze over het algemeen niet mogelijk zijn zonder deze voorlopige visie op het rechtmatigheidsgehalte van de vordering. Afwijzende beslissingen

¹³⁵ Voor zaken betreffende testamentair bewind gelden andere regels. Deze worden buiten beschouwing gelaten.

¹³⁶ Zie art. 358 lid 3 Rv betreffende het hoger beroep en art. 426 lid 4 j° 401a Rv over het beroep in cassatie van tussenbeschikkingen.

¹³⁷ Tonkens-Gerkema 2014, (T&C Rv), art. 254 Rv, aant. 1.

¹³⁸ HR 2 februari 1968, *NJ* 1968/62.

¹³⁹ H.J.R. Kaptein, 'Scholtens rechterlijke sprong langs de meetlat van de logica', in: E. Lissenberg e.a. (redactie), *De actualiteit van Paul Scholten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996, p. 80.

¹⁴⁰ HR 15 januari 1999, *NJ* 1999/665, r.o. 3.3.2 (Procter & Gamble/Kimberly Clark; m.nt. D.W.F. Verkade).

¹⁴¹ HR 18 september 1987, *NJ* 1988/ 112. Zie Tjong Tjin Tai, 'Executiegeschil en incidenteel verzoek tot schorsing', *TCR* 2009, 1, par. 6. Volgens hem wordt in kort geding wel verwacht dat de voorzieningenrechter anticipeert op de beslissing in een eventuele bodemprocedure.

kunnen daarentegen worden genomen op basis van het daarbij doorslaggevende resultaat van een belangenafweging, en dus ondanks het mogelijke juridische gelijk van de eiser.¹⁴² De vraag naar het juridische gelijk kan zelfs in het midden gelaten worden. Zeker bij afwijzing van de vordering heeft de voorzieningenrechter dus een grotere discretionaire bevoegdheid dan de bodemrechter.

Leidraad voor de voorzieningenrechter is steeds dat de te geven voorziening niet verder zal gaan dan met het oog op de beslissing in het bodemgeschil nodig en verantwoord is. De voorzieningenrechter kan een voorziening treffen die de gewone rechter niet zou mogen geven.¹⁴³

De enkele omstandigheid dat de eisende partij geruime tijd heeft laten verlopen voordat hij in kort geding een vordering (verbod) instelde, kan een rol spelen bij de afweging van de belangen van de partijen,¹⁴⁴ maar hoeft de kortgedingrechter er niet van te weerhouden een spoedeisend belang aan te nemen.¹⁴⁵ Het spoedeisend belang wordt dus gerelateerd aan een belangenafweging van beide partijen. Het gaat niet (enkel) om een absoluut spoedeisend belang, maar om spoedeisendheid in relatie tot het belang van de wederpartij. Die samenhang bestaat onder meer hieruit dat naarmate er minder zekerheid bestaat omtrent de rechtspositie van partijen de belangenafweging meer op de voorgrond staat. De geneigdheid van de voorzieningenrechter een zaak spoedeisend te achten en een voorziening te geven groeit naarmate de belangenafweging duidelijker ten voordele van de eiser uitvalt.¹⁴⁶

De aard van de vordering kan op zichzelf al een spoedeisend belang impliceren.¹⁴⁷ Dit geldt bijvoorbeeld voor de vordering van een werknemer tot betaling van het loon door diens werkgever. Daarnaast geldt dat de voorzieningenrechter niet verplicht is bij een gebleken onrechtmatige situatie een verbod uit te spreken. Hij mag zich door een nadere belangenafweging laten leiden.¹⁴⁸ Bij dit alles geldt dat de ingewikkeldheid van de rechtsvraag geen grond is voor weigering van de voorziening.¹⁴⁹

2.4.3.2 DE (VORDERING TOT HET GEVEN VAN EEN) VOORLOPIGE VOORZIENING

De meest voorkomende voorzieningen zijn bevelen in de vorm van geboden of verboden. Op overtreding van een dergelijk bevel wordt veelal een dwangsom gesteld en/of een machtiging tot reële executie door de eisende partij afgegeven. De rechter kan beide slechts op vordering van een partij uitspreken. Een voorziening strekkende tot betaling van een geldsom is in kort geding toewijsbaar, zij het dat daarbij verzwaarde motiveringseisen gelden.¹⁵⁰

142 HR 15 december 1995, *NJ* 1996/509, m.nt. D.W.F. Verkade.

143 Blaauw 2002, p. 18.

144 HR 29 november 2002, *NJ* 2003/78, m.nt. P.A. Stein r.o. 3.4.

145 HR 29 juni 2001, *NJ* 2001/602, m.nt. D.W.F. Verkade.

146 B.J. Asscher, 'Spoed is goed, haast niet', in Overdijk e.a. (red.), *Onverwilde spoed*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 43 en Zonderland 1971, p. 19.

147 HR 4 juni 1993, *NJ* 1993/659, m.nt. D.W.F. Verkade. Dit betrof een vordering tot bescherming tegen octrooi-inbreuk.

148 Korthals Altes 1985 p. 4.

149 HR 2 april 1993, *NJ* 1994/650, m.nt. J.C. Schultsz.

150 Zie o.a. HR 22 januari 1982, *NJ* 1982/505, m.nt. W.H. Heemskerk en HR 14 april 2000, *NJ* 2000/489, m.nt. DWFV.

Een verbod is mogelijk bij een inbreuk en tevens bij een dreigende inbreuk.¹⁵¹ De rechter kan de voorziening in tijd beperken en er voorwaarden aan verbinden. Het gaat bijvoorbeeld om een opschortende voorwaarde, zoals het stellen van een bankgarantie of het verschaffen van andere zekerheid, dan wel om een ontbindende voorwaarde. Een voorwaarde met de strekking dat eiser aan de ontruimingsveroordeling geen rechten kan ontleen als de gedaagde de huurachterstand binnen een bepaalde termijn zal hebben voldaan is bijvoorbeeld veelvoorkomend bij ontruimingsveroordelingen.¹⁵²

Dat de gevraagde voorziening feitelijk onomkeerbare gevolgen heeft is op zichzelf geen grond de voorziening ongeschikt te achten voor kort geding.¹⁵³ Art. 257 Rv richt zich immers niet tot de rechter in kort geding, maar tot de rechter die van het bodemgeschil kennisneemt. Verder is de voorzieningenrechter vrij een minder vergaande voorziening te geven dan wordt gevorderd.¹⁵⁴ Het is vaste jurisprudentie dat de voorzieningenrechter geen verklaring voor recht kan geven.¹⁵⁵

Aangenomen wordt dat de gewone regels omtrent stelplicht, bewijslast en bewijs in kort geding niet van toepassing zijn.¹⁵⁶

Ook in kort geding is vermeerdering of wijziging van de eis mogelijk. Deze kan slechts worden geweigerd indien hij in strijd is met de eisen van een goede procesorde (art. 130 Rv). Aangenomen wordt dat de wijziging tijdens de mondelinge behandeling nog kan worden verzocht. Hoewel verdedigd wordt dat de eisiwijziging mondeling kan geschieden, moet ingevolge art. 11.1 Procesreglement kort geding de wijziging wel (tevens) op schrift worden gedaan, zo nodig ter zitting (waarbij ondertekening door de advocaat niet is vereist). Daarnaast moet de voorgenomen eisiwijziging in beginsel zo spoedig mogelijk, voorafgaand aan de zitting worden medegedeeld aan gedaagde en rechter (art. 11.1 Procesreglement kort geding). De voorzieningenrechter kan in alle gevallen, op grond van eisen van een goede procesorde, ambtshalve, of op bezwaar van de gedaagde, beslissen om de eisiwijziging of vermeerdering niet toe te laten.¹⁵⁷ De gegeven beslissing kan mondeling zijn.¹⁵⁸

In kort geding kan een eis in reconventie worden ingesteld. Het moet uiteraard een voorlopige voorziening betreffen en er moet een spoedeisend belang zijn. Bovendien moet aan de vereisten van een reconventionele vordering zijn voldaan, zie art. 136 Rv.

151 Zie o.a. HR 4 maart 1938, *NJ* 1938/948, HR 14 februari 1946, *NJ* 1947/155 en Blaauiw 2002, p. 191.

152 Tonkens-Gerkema 2014, (T&C Rv), art. 254 Rv, aant. 6.

153 HR 8 februari 1946, *NJ* 1946/166 ten aanzien van verwerking van grondstoffen, HR 12 februari 1947, *NJ* 1947/157, m.nt. E.M. Meijers, ten aanzien van plaatsing op een kieslijst en HR 11 februari 1994, *NJ* 1994/651, m.nt. H.J. Snijders), r.o. 3.3 ten aanzien van een uitspraak die in de plaats kan treden van medewerking aan de overdracht van een onroerende zaak.

154 HR 29 oktober 1993, *NJ* 1994/107.

155 HR 2 april 1976, *NJ* 1977/361. Heemskerk heeft in zijn noot onder dit arrest tevergeefs gepleit voor het aannemen van de bevoegdheid van de kortgedingrechter wel een verklaring voor recht te geven.

156 Zie bijvoorbeeld HR 29 januari 1943, *NJ* 1943/198, 5 december 1952, *NJ* 1953/767, HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999/682 en, voor wat betreft bewijslastverdeling en weigering van de gevraagde voorziening in verband met noodzaak tot nadere bewijislevering, HR 21 april 1978, *NJ* 1979/194.

157 Tonkens-Gerkema 2014, (T&C Rv), art. 254 Rv, aant. 12.

158 In hoger beroep zal de voor de vermeerdering van de eis voorgeschreven procedure ter rolzitting van korte gedingen van het hof toepassing kunnen vinden; mondelinge verandering of vermeerdering van de eis is dan niet toegelaten.

2.4.3.3 PROCESKOSTEN EN RECHTSMIDDELEN

Art. 237 Rv bevat de proceskostenregeling in dagvaardingszaken. Deze bepaling geldt tevens in kort geding. Hoofregel is dat de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten wordt veroordeeld. Gehele of gedeeltelijke compensatie van de kosten is mogelijk als partijen familie van elkaar zijn of over en weer op enkele punten in het ongelijk zijn gesteld. Nodeloos gemaakte kosten blijven voor rekening van de partij die deze aanwendde of veroorzaakte.

Tegen een bij verstek gewezen vonnis in kort geding kan (bij dagvaarding) in verzet gekomen worden (art. 259 Rv). Dit hoeft sinds 2002 niet meer bij de rechtbank gedaan te worden, maar moet bij de voorzieningenrechter zelf.

Van een kortgedingvonnis staat hoger beroep open bij het hof. De appeltermijn is vier weken (art. 339 lid 2). Tot 1 januari 2002 bedroeg deze twee weken. Bij door de kantonrechter gewezen kortgedingvonnissen geldt de appelpgrens van € 1.750,- (art. 332 Rv). De cassatiemogelijkheden tegen een dergelijk in kort geding gewezen vonnis zijn beperkt in art. 80 RO.¹⁵⁹

2.4.4 *Kort geding in het kader van het beslag- en executierecht*

De voorzieningenrechter is in de praktijk de executierechter bij uitstek. Zijn bevoegdheid als executierechter is in het bijzonder te vinden in art. 438 Rv. Deze bepaling wijst de voorzieningenrechter aan als degene die in kort geding kan beslissen in executiegeschillen, over een voorziening bij voorraad. In een executiegeschil ex art. 438 Rv gaat het om de tenuitvoerlegging van executoriale titels en om de vraag of (en zo ja, in hoeverre) deze tenuitvoerlegging onrechtmatig is. Art. 705 Rv regelt zijn bevoegdheden ten aanzien van conservatoire beslagen. De procesrechtelijke voorschriften die in het kader van art. 254 Rv gelden, zijn in beginsel eveneens in executiekortgedingen van toepassing. Een verschil met het 'gewone' kort geding wordt gevormd door de omstandigheid dat geen sprake is van een principaal geschil waarin eventueel de rechtsbetrekking tussen partijen, en hun daaruit voortvloeiende rechten en verplichtingen, moet worden vastgesteld. Een schuldenaar kan op de voet van art. 287 lid 4 een executiegeschil aan de (insolventie)rechter voorleggen. Het ligt voor de hand dat de insolventierechter voor de vraag wat zijn bevoegdheden en mogelijkheden zijn, te rade zal gaan bij het bepaalde in art. 438 en 705 Rv.

In art. 438 lid 2 Rv heeft de voorzieningenrechter bijzondere bevoegdheden gekregen. Deze komen, zoals opgemerkt, naast de bevoegdheden die hij als voorzieningenrechter al heeft. Het gaat om:

- a. het schorsen van de executie voor een bepaalde tijd of totdat op het geschil zal zijn beslist,
- b. het bepalen dat executie slechts tegen zekerheidstelling mag plaatsvinden of worden voortgezet,
- c. het opheffen, al dan niet tegen zekerheidstelling, van beslagen,
- d. het bevelen van herstel van verzuimde formaliteiten,

¹⁵⁹ Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 255.

- e. het bepalen dat een in het geding opgeroepen derde de voortzetting van de executie moet gedogen dan wel zijn medewerking moet verlenen (al dan niet tegen zekerheidstelling).

Beslagen kunnen in kort geding worden opgeheven (c.). De rechter kan de opheffing van een beslag op de voet van art. 52 Rv uitvoerbaar bij voorraad verklaren en aan deze verklaring eventueel de voorwaarde van zekerheidstelling verbinden.¹⁶⁰ Daarmee rijst natuurlijk de vraag wat de situatie is als het kortgedingvonnis in hoger beroep wordt vernietigd. De Hoge Raad heeft beslist dat het beslag dan herleeft, met dien verstande dat wijzigingen in de rechtstoestand van het beslagen goed in de periode tussen de opheffing en de vernietiging moeten worden geëerbiedigd.¹⁶¹

De voorzieningenrechter kan bevelen dat een executie wordt gestaakt. Dit betekent dat reeds in beslag genomen geldbedragen moeten worden teruggegeven. Een dergelijke voorziening kan worden gegeven als aannemelijk is dat de vordering terzake waarvan beslag is gelegd reeds is voldaan.

Hoewel de eis van spoedeisendheid in art. 438 lid 2 Rv niet wordt gesteld, moet uit de aard van het kort geding worden afgeleid dat deze voorwaarde hier eveneens geldt.¹⁶² Overigens is spoedeisendheid in executiekortgedingen vaak evident.

Wanneer is in kort geding verzet mogelijk tegen een executie? De eisende partij zal moeten stellen dat de executie in enige fase van haar loop onrechtmatig is. De volgende situaties kunnen worden genoemd:¹⁶³

- a. de beweerde titel is geen executoriale titel in de zin van art. 430 lid 1 Rv,
- b. formele voorwaarden voor executie ontbreken,
- c. de titel heeft zijn executoriale kracht verloren,
- d. executie vindt plaats ten aanzien van niet voor beslag vatbare goederen,
- e. misbruik van executiebevoegdheid.

In het kader van onderhavig onderzoek wordt nader op de onder d. en e. genoemde situaties ingegaan.

Executie vindt plaats ten aanzien van niet voor beslag vatbare goederen (d.) indien, bijvoorbeeld gereedschappen van ambachtslieden en werklieden, tot hun persoonlijk bedrijf behorende, in beslag zijn genomen (in strijd met het in art. 447 en 448 Rv bepaalde). Voorts moet worden gedacht aan de bepalingen in art. 475a Rv e.v. betreffende de beslagvrije voet. Deze is verbonden aan vorderingen tot periodieke betaling van loon en uitkeringen genoemd in art. 475c Rv. Een beslag onder een derde op deze periodieke betaling is alleen geldig voorzover deze de beslagvrije voet overtreft. De berekening van de beslagvrije voet is niet eenvoudig en leidt geregeld tot problemen.¹⁶⁴

Misbruik van executiebevoegdheid (e.) werd in het verleden niet aanvaard. Aangenomen werd dat het in het algemeen niet mogelijk was bij wege van

160 HR 20 januari 1995, *NJ* 1995/413, m.nt. H.E. Ras.

161 Onder meer in HR 23 februari 1996, *NJ* 1996/434 en HR 26 mei 2000, *NJ* 2001/388, m.nt. H.J. Snijders.

162 Broekveld, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 438, aant. 4.

163 Blaauw 2002, p. 236 e.v.

164 Bijvoorbeeld Rb. Haarlem 16 juli 2010, *LJN* BJ3023, Hof Leeuwarden, 20 april 2010, *LJN* BM2233. Zie verder de jurisprudentie in Blaauw 2002, p. 242 e.v.

executiegeschil de schorsing van de executie van een eerdere gerechtelijke uitspraak (met executoriale kracht) te bewerkstelligen.¹⁶⁵ Het respect voor de eerdere uitspraak stond daaraan in de weg. Alleen ingeval van nieuwe feiten zou dit mogelijk zijn. Schorsing was alleen mogelijk voorzover de wet daartoe mogelijkheden bood. In het arrest Ritzen/Hoekstra heeft de Hoge Raad aangegeven wanneer bij executie van een niet onherroepelijk maar wel uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis sprake kan zijn van misbruik van executiebevoegdheid.¹⁶⁶ Het ging in deze zaak om de tenuitvoerlegging van een ontruimingsvonnis. Van bedoeld misbruik kan, aldus de Hoge Raad, sprake zijn als de executant, mede gelet op de belangen van de geëxecuteerde die zullen worden geschaad, geen in redelijkheid te respecteren belang heeft bij gebruikmaking van zijn bevoegdheid in afwachting van de uitslag van het hoger beroep tot tenuitvoerlegging over te gaan. Daarvan kan sprake zijn (i) als het te executeren vonnis klaarblijkelijk op een juridische of feitelijke misslag berust of (ii) indien de ontruiming, op grond van na dit vonnis voorgevallen of aan het licht gekomen feiten, klaarblijkelijk aan de zijde van de geëxecuteerde een noodtoestand zal doen ontstaan waardoor een onverwijld tenuitvoerlegging niet kan worden aanvaard. Als een juridische of feitelijke misslag wordt aangevoerd als grondslag voor misbruik van executiebevoegdheid, dan moet deze misslag evident zijn.¹⁶⁷ De bevoegdheid om een onherroepelijk geworden uitspraak ten uitvoer te leggen kan tevens worden misbruikt.¹⁶⁸ Hierbij wordt min of meer hetzelfde criterium gehanteerd.

2.4.5 *De provisionele vordering/voorziening (art. 223 Rv)*

Tijdens een aanhangig geding kan iedere partij op grond van art. 223 Rv vorderen dat de rechter een voorlopige voorziening zal treffen voor de duur van het geding. Deze bepaling vertoont daarom overeenkomsten met art. 287 lid 4.

Het incident van art. 223 Rv wordt wel als een kort geding of een ordemaatregel binnen een bodemprocedure gekarakteriseerd.¹⁶⁹ Hoewel het kan gaan om dezelfde voorziening als tijdens een kort geding, geldt – anders dan in kort geding – de eis dat de voorziening verband houdt met de hoofdvordering(en). Dit is bepaald in art. 223 lid 2 Rv. Er is sprake van een zogeheten open stelsel van voorzieningen. Het gaat bijvoorbeeld om maatregelen die beogen te voorkomen dat in de loop van de bodemprocedure een situatie ontstaat waarin de executie van een toewijzend vonnis in de hoofdzaak niet meer mogelijk is. De voorziening kan verder gaan en strekken tot toewijzing van hetgeen in de hoofdzaak wordt gevorderd.¹⁷⁰ Daarnaast kan aan de voorziening een dwangsom worden verbonden. Wat de rechter niet kan is een voorlopige voorziening van constitutieve en declaratoire aard treffen.

¹⁶⁵ Meijer 1967, p. 142 en 149.

¹⁶⁶ HR 22 april 1983, *NJ* 1984/145, m.nt. W.H. Heemskerk.

¹⁶⁷ HR 24 februari 1989, *NJ* 1989/551.

¹⁶⁸ HR 30 oktober 1992, *NJ* 1993/4.

¹⁶⁹ Van Maanen 2012, (T&C Rv), art. 223 Rv, aant. 1a, Van Dam-Lely 2014, (T&C Rv), art. 223 Rv, aant. 1a en Van Dam-Lely 2012, p. 84.

¹⁷⁰ Vóór 1 januari 2002 (art. 51 Rv oud) heeft hierover een tijdlang verschil van opvatting bestaan, zie de conclusie van de AG voor het arrest van de Hoge Raad van 14 november 1997, *NJ* 1998/113, achter 7.

De vordering moet worden ingesteld bij de dagvaarding of, nadien, bij een met redenen omklede conclusie (art. 208 j° 128 Rv). Het incident (van art. 223 Rv) kan door iedere partij worden geopend. De gedaagde partij in het incident dient terzake een conclusie van antwoord te nemen (art. 208 j° 128 Rv). De bepaling omtrent de comparitie van partijen, art. 131 Rv, is niet van toepassing verklaard.¹⁷¹

Uitgangspunt is dat eerst op de incidentele vordering van art. 223 Rv wordt beslist. De rechter bepaalt bij zijn beslissing in het incident de dag waarop de hoofdzaak weer op de rol komt, voorover deze niet tegelijk met de incidentele vordering wordt afgedaan (art. 209 Rv).

In de wet is niet bepaald dat een eenmaal getroffen voorziening door de rechter gewijzigd of ingetrokken kan worden. In art. 287 lid 4 is dit evenmin bepaald. Door Snijders wordt aangenomen dat het desondanks wel mogelijk is een incidentele vordering tot wijziging van een eerder getroffen voorziening ex art. 223 Rv in te dienen.¹⁷² Bij de beoordeling van een vordering tot wijziging (of intrekking) van een eerder getroffen voorziening moet in beginsel worden uitgegaan van de gegeven voorlopige voorziening en de daaraan ten grondslag liggende vaststellingen en oordelen. Wie wijziging (of intrekking) vordert zal er volgens Snijders goed aan doen feiten en omstandigheden aan zijn vordering ten grondslag te leggen die bij de eerder gegeven voorlopige voorziening niet in aanmerking konden worden genomen – doordat zij zich eerst na het geven van die voorziening hebben voorgedaan – en die kunnen rechtvaardigen dat die voorziening wordt gewijzigd.¹⁷³

In art. 223 Rv wordt niet geëist dat de eisende partij in het incident een spoedeisend belang heeft bij de hoofdvordering.¹⁷⁴ De eiser moet uiteraard wel voldoende belang hebben bij de incidentele vordering (zie art. 3:303 BW). Aan dit vereiste is volgens de Hoge Raad voldaan als van eiser niet verlangd kan worden dat hij de afloop van de bodemzaak afwacht.¹⁷⁵ Literatuur en jurisprudentie zijn verdeeld over de vraag of hieruit kan of moet worden afgeleid dat per saldo sprake moet zijn van een spoedeisend belang.¹⁷⁶ In de praktijk lijkt de spoedeisendheid een belangrijk element.¹⁷⁷

171 Het is mogelijk direct na het instellen van de provisionele vordering een comparitie van partijen te gelasten. De gedaagde partij in het incident kan dan mondeling voor antwoord concluderen beide partijen kunnen mondeling op elkaars standpunten reageren. Het vonnis volgt na twee weken. Deze werkwijze komt met de procedure van art. 116 Rv oud (het oude kantonrechtscortgeding) overeen, alsook met het pleidooi van Van Breda, 'Het kort geding als donor voor de bodemprocedure nieuwe stijl?', *NJB* 1993, p. 1197 e.v.

172 G. Snijders, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 223, aant. 5.

173 Vgl. in dit verband HR 30 mei 2008, *LJN* BC5012, *NJ* 2008/311 Dit betrof het incident ex art. 234 en 235 Rv (alsnog uitvoerbaarbijvoorraadverklaring en alsnog zekerheidstelling).

174 Zie G. Snijders, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 223, aant. 10.

175 Zie HR 14 november 1997, *LJN* ZC2489, *NJ* 1998/113 r.o. 3.4.

176 Zie o.a. de conclusie AG De Vries Lentsch-Kostense voor HR 14 november 1997, *NJ* 1998/113, achter 7: een zeker spoedeisend dan wel dringend belang is vereist. Van Maanen 2012, (T&C Rv), art. 223 Rv, aant. 2c en Van Dam-Lely 2014, (T&C Rv), art. 223 Rv, aant. 2c gaan uit van een 'voldoende belang', welke eis als minder zwaar wordt gezien dan de eis van een spoedeisend belang in kort geding. Voorts P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, *TCR* 2003, p. 39. Volgens hem is spoedeisendheid niet onmisbaar, maar wel een factor die moet worden meegewogen bij de beoordeling van de toewijsbaarheid van de vordering. Van Dam-Lely 2012 is van mening dat de spoedeisendheid wordt geacht te zijn begrepen in het belangvereiste van art. 3:303 BW (Van Dam-Lely 2012, p. 84).

177 Zie Den Besten 2007, p. 229.

Samenvattend geldt het volgende. De rechter die dient te beslissen over een provisionele vordering moet beoordelen of de eiser in het incident een (procesueel, dringend of spoedeisend) belang heeft bij zijn vordering en vervolgens de belangen van partijen afwegen, tegen de achtergrond van de te verwachten resterende duur van de hoofdzaak en ook de proceskansen. Indien stellingen zijn betwist, dan hoeft hij geen bewijslevering te gelasten, maar het mag wel. Voor het toewijzen van een provisionele vordering is voldoende dat deze aannemelijk is.¹⁷⁸ Als de uitkomst in de hoofdzaak ongewis is, zal de voorziening over het algemeen worden afgewezen. Op dit punt bestaat geen of weinig verschil met de vordering in kort geding.¹⁷⁹ Daarom wordt aangenomen dat de rechter als voorzieningenrechter (of: kortgedingrechter) optreedt.¹⁸⁰

Een verschil met het kort geding is dat de voorlopige voorziening ex art. 223 Rv geldt voor de duur van het geding, tenzij de rechter heeft bepaald dat deze eerder eindigt. Volgens de parlementaire geschiedenis¹⁸¹ en literatuur¹⁸² betekent dit dat de voorlopige voorziening geldt tot de einduitspraak in de hoofdzaak in kracht van gewijsde gaat 'of de zaak wordt ingetrokken'. Als een rechtsmiddel wordt ingesteld tegen de einduitspraak in de hoofdzaak behoudt de voorlopige voorziening, aldus deze bronnen, haar rechtskracht, zelfs als deze voorziening ingaat tegen, dan wel niet verenigbaar is met, de einduitspraak. Deze stelling wordt onderbouwd onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van art. 223 Rv.¹⁸³ De Hoge Raad heeft echter beslist dat een provisioneel vonnis dat een voorlopige voorziening bevat in de vorm van toekenning van een voorschot op een in een vonnis in de hoofdzaak uitvoerbaar bij voorraad toegewezen vordering, zijn werking verliest en wordt vervangen door de definitieve beslissing in de hoofdzaak.¹⁸⁴

Tegen het vonnis in het incident ex art. 223 Rv staat steeds direct hoger beroep of beroep in cassatie open (art. 337 Rv). Het incident schorst de behandeling van de hoofdzaak niet.¹⁸⁵ De aanwending van een rechtsmiddel tegen een voorlopige voorziening heeft wel van rechtswege schorsende werking jegens de voorziening in kwestie.

Wel kan het vonnis in het incident uitvoerbaar bij voorraad verklaard worden. Dit kan niet ambtshalve. De aard van een voorlopige voorziening zal zich niet snel tegen een uitvoerbaarbijvoorraadverklaring verzetten.

Het oordeel waarop de beslissing op deze incidentele vordering is gebaseerd, is voorlopig. Het incidenteel vonnis bindt de rechter niet bij het beslissen op de

¹⁷⁸ HR 29 november 2002, *LJN* AE7005, *NJ* 2003/50: 'Het onderdeel faalt, omdat de rechter die over een provisionele vordering moet beslissen, niet gehouden is bewijslevering te gelasten. De provisionele voorziening is immers voorlopig van karakter en bindt de rechter in de hoofdzaak niet.' Zie Den Besten 2007, p. 230.

¹⁷⁹ G. Snijders, *Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 223, aant. 11.

¹⁸⁰ Von Schmidt auf Altenstadt 2003, p. 37.

¹⁸¹ *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, Van Mierlo/Bart, p. 389.

¹⁸² Den Besten 2007, p. 224.

¹⁸³ G. Snijders, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 223, aant. 6, Van Maanen 2012, (T&C Rv), art. 223 Rv, aant. 1. Van Dam-Lely 2014, (T&C Rv), art. 223 Rv, aant. 1 en Von Schmidt auf Altenstadt 2003, p. 39. Anders: Den Hartog Jager 2014, p. 68: totdat is beslist en niet pas als de beslissing in kracht van gewijsde is gegaan. *Kamerstukken II*, 26 855, nr. 3, p. 129.

¹⁸⁴ HR 6 februari 2009, *LJN* BG5056, *NJ* 2010/139, m.nt. H.J. Snijders.

¹⁸⁵ Het is niet mogelijk tevens een rechtsmiddel in te stellen tegen een aan het provisionele vonnis voorafgaande tussenvonnis, zie HR 6 februari 2009, *LJN* BG5056, *NJ* 2010/139, m.nt. HJS.

vordering in de hoofdzaak.¹⁸⁶ Anders dan in kort geding is de rechter die op de incidentele vordering beslist veelal dezelfde als degene die in de hoofdzaak beslist; dat is althans de indruk. De vraag of de rechter die op de incidentele vordering beslist dezelfde persoon is als de rechter die in de hoofdzaak beslist kan tevens spelen bij art. 287 lid 4.

De literatuur is verdeeld over de vraag of dit in strijd zou zijn met de eis van onpartijdigheid. Van Maanen¹⁸⁷ vindt van niet, terwijl Von Schmidt auf Altenstadt die mening wel is toegedaan.¹⁸⁸ Van Maanen wijst erop dat kantonrechters die op basis van art. 116 Rv oud (de regeling van het ‘oude’ kantonrechterskortgeding) een voorlopige voorziening hadden getroffen de zaak informeel overdroegen aan een andere kantonrechter. In de praktijk wordt er om deze reden – in navolging van het Hauschildt-arrest¹⁸⁹ – wel eens een wrakingsverzoek ingediend, teneinde te voorkomen dat de rechter die op de provisionele vordering heeft beslist tevens over de eis in de hoofdzaak zal oordelen. Dergelijke wrakingsverzoeken zijn in het verleden regelmatig ingediend tegen kantonrechters die in het kader van een 116-procedure reeds hadden beslist op een met de hoofdzaak samenhangende voorlopige voorziening.¹⁹⁰

De slagingskans van een dergelijk wrakingsverzoek moet echter als klein worden beschouwd. Recentelijk heeft het EHRM geoordeeld dat het enkele feit dat een rechter voorafgaande aan de zitting reeds beslissingen heeft genomen, onvoldoende is om objectief gerechtvaardigde twijfels te hebben omtrent zijn onpartijdigheid.¹⁹¹ Daarvoor oordeelde de Hoge Raad al dat de enkele omstandigheid dat een rechter reeds eerder bemoeienis met een zaak heeft gehad onvoldoende is om objectief gezien de vrees van onpartijdigheid te rechtvaardigen, en op basis daarvan aan te nemen dat deze rechter niet meer als onpartijdig rechter in de zin van art. 6 lid 1 EVRM zou kunnen beslissen.¹⁹² Ondertussen is het natuurlijk de vraag of de rechter die heeft beslist op een provisionele vordering het op een wrakingsverzoek moet laten aankomen. Om alle schijn van partijdigheid te vermijden lijkt het verstandig de behandeling van de hoofdzaak informeel over te dragen aan een andere rechter. Dit ligt anders indien na een tussenvonnis, in verband met de daarin gegeven al dan niet voorlopige oordelen, een incidentele vordering ex art. 223 Rv wordt ingesteld. In een dergelijk geval bouwt de rechter in feite voort op dat tussenvonnis.

Indien de vordering in de hoofdzaak wordt afgewezen nadat deze in het incident (deels) is toewezen, dan kan in het eindvonnis de incidentele eiser

186 Zie HR 29 november 2002, *LJN* AE7005, *NJ* 2003/50.

187 Van Maanen 2012, (T&C Rv), art. 223 Rv, aant. 5a en Van Dam-Lely 2014, (T&C), art. 223 Rv, aant. 5a.

188 Von Schmidt auf Altenstadt 2003, p. 39.

189 EHRM 24 mei 1989, *NJ* 1990/627, m. nt. P. van Dijk. Voor een succesvolle wraking zie Rb. Dordrecht 6 augustus 1997, *NJ* 1997/713. Zie voorts Smits 2008, p. 290.

190 Van Maanen 2012, (T&C Rv), art. 223 Rv, aant. 5a, Van Dam-Lely 2014, (T&C), art. 223 Rv, aant. 5a en P. Ingelse, ‘Kroniek dagvaardingsprocedure in eerste aanleg’, *TCR* 1998, p. 36.

191 Zie EHRM 15 februari 2007, *NJ* 2007/536, m.nt. E.A. Alkema.

192 HR 30 juni 1989, *NJ* 1990/382, m.nt. JBMV, r.o. 3.4; en recenter HR 15 februari 2002, *NJ* 2002/197, r.o. 3.3.2. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de omstandigheid dat een rechter eerder een uitspraak heeft gedaan waarmee degene die zijn wraking verzoekt het niet mee eens is, geen omstandigheid is die erop wijst dat de onpartijdigheid van die rechter schade zou kunnen lijden: HR 16 december 2011, *LJN* BU8280 en HR 13 april 2012, *LJN* BW1972. Tevens Rb. Leeuwarden 24 mei 2012, *LJN* BW8115 (schuldsaneringsregeling).

worden veroordeeld tot terugbetaling. Dit moet wel gevorderd worden, zij het dat een eis in reconventie niet nodig is.¹⁹³

Vermeldenswaard is tot slot dat de Hoge Raad in 2014 heeft beslist dat de bepalingen van titel 3 zich niet verzetten tegen analogische toepassing van art. 223 Rv.¹⁹⁴ Voor de verzoekschriftprocedures betreffende echtscheidingen (en scheiden van tafel en bed) bestaat een wettelijke regeling voor het treffen van voorlopige voorzieningen hangende de procedure (art. 821 ev. Rv.), maar ook in andere verzoekschriftprocedures kan door deze uitspraak dus een incidenteel verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening worden gedaan. Aangezien sprake is van analogische toepassing van art. 223 Rv is het (op grond van art. 209 Rv) aan de rechter overgelaten of hij het incidenteel verzoek direct behandelt en daarop aanstonds beslist, of niet.¹⁹⁵

2.4.6 *Het moratorium in art. 5 Wet Gemeentelijke Schuldhulpverlening (Wgs)*

In deze paragraaf bespreek ik het in art. 5 Wgs opgenomen moratorium. Dit moratorium vertoont overeenkomsten met het in hoofdstuk 4 te bespreken art. 287b. Onderhavig onderzoek beperkt zich bij de bespreking van art. 5 Wgs tot de voor dit onderzoek relevante punten.

De Wet Gemeentelijke Schuldhulpverlening (Wgs) is ingegeven door de wens om de effectiviteit van de schuldhulpverlening te verbeteren. Daarvoor is essentieel dat schuldeisers vertrouwen hebben in de wijze waarop de (gemeentelijke) schuldhulpverlening is georganiseerd – aldus de memorie van toelichting.¹⁹⁶ De Wgs beoogt een bodem in de gemeentelijke schuldhulpverlening te leggen, waardoor genoemd vertrouwen van schuldeisers geacht wordt toe te nemen.¹⁹⁷ Een breed wettelijk moratorium maakte geen onderdeel uit van het oorspronkelijke wetsvoorstel. De Tweede Kamer heeft uiteindelijk, op de valreep en tegen de wens van de staatssecretaris, een amendement aangenomen waarmee alsnog de mogelijkheid van een breed moratorium in het minnelijke traject wordt geïntroduceerd. Het gaat om invoering van artikel 5 in deze wet. De tekst luidt als volgt:

‘1. Het college kan de rechtbank verzoeken een afkoelingsperiode af te kondigen, waarin elke bevoegdheid van de schuldeiser tot verhaal op de goederen van de schuldenaar en tot opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden niet kan worden uitgeoefend, voor een periode van maximaal zes maanden.

2. Een afkoelingsperiode als bedoeld in het eerste lid wordt slechts afgekondigd indien deze periode noodzakelijk is in het kader van schuldhulpverlening en indien is voldaan aan bij algemene maatregel van bestuur gestelde nadere voorwaarden.

193 HR 30 januari 2004, *LJN* AN7327, *NJ* 2005/246, m.nt. H.J. Snijders.

194 HR 5 december 2014, *ECLI:NL:HR2014:3533*.

195 HR 5 december 2014, *ECLI:NL:HR2014:3533*, r.o. 3.5.

196 Kamerstukken II 2009/10, 32 291, nr. 3, p. 11.

197 Kamerstukken II 2009/10, 32 291, nr. 3, p. 5.

3. *Bij algemene maatregel van bestuur kunnen verplichtingen worden aangewezen die door de schuldenaar tijdens de afkoelingsperiode, bedoeld in het eerste lid, worden nagekomen.*¹⁹⁸

De toelichting bij het (aangenomen) amendement is tamelijk summier.¹⁹⁸ Blijkens deze toelichting heeft het afkondigen van het moratorium (of de afkoelingsperiode) onder meer tot gevolg dat beslag, executoriale verkoop en verrekening worden opgeschort. Het moratorium moet worden gezien als uiterste middel om een oplossing in het minnelijke traject te bewerkstelligen. Het instrument mag volgens de toelichting niet te lichtvaardig of te vroeg in het proces van schuldhulpverlening worden ingezet. De schuldhulpverlening moet moeite hebben gedaan om schuldeisers te overtuigen hun invorderingsmaatregelen tijdelijk op te schorten. Daarom is bepaald dat uitsluitend het college het verzoekschrift bij de rechtbank kan indienen.

Het doel van een breed wettelijk moratorium is om de schuldhulpverlening in staat te stellen om met medewerking van de schuldenaar tot een schuldrege­lingsvoorstel te komen. Daarbij is ook oog voor de belangen van schuldeisers. Zo is bepaald dat bij algemene maatregel van bestuur verplichtingen kunnen worden aangewezen die door de schuldenaar wel dienen te worden nagekomen. Hierbij wordt gedacht aan de noodzakelijke duurovereenkomsten zoals huur-, gas, water en licht- en zorgverzekeringsovereenkomst. Bij algemene maatregel van bestuur zullen nadere voorwaarden worden gesteld waaraan moet worden voldaan om een afkoelingsperiode te kunnen uitspreken. In de toelichting bij het amendement wordt een aantal voorbeelden van deze voorwaarden gegeven, waaronder de eis dat er ten aanzien van de schuldenaar niet al eerder een afkoelingsperiode mag zijn afgekondigd. Dit houdt in dat per schuldenaar slechts eenmaal een moratorium kan worden ingezet. Verder wordt vermeld dat een breed wettelijk moratorium slechts kan worden gevraagd als de schuldeiser niet gebonden is aan een convenant, en als vaststaat dat de schuldeiser niet bereid is op basis van individuele afspraken zijn invorderingsmaatregelen tijdelijk op te schorten. Met deze conventanten wordt waarschijnlijk bedoeld de door de NVVK met (branche)organisaties van schuldeisers gemaakte afspraken ten behoeve van minnelijke schuldsanering.

Als een schuldenaar tijdens de afkoelingsperiode niet aan zijn verplichtingen voldoet, vervalt het moratorium en mag de schuldeiser zijn invorderingsmaatregelen hervatten.

De Wgs is op 1 juli 2012 in werking getreden.¹⁹⁹ De invoering van het brede moratorium (art. 5 Wgs) is echter uitgesteld, omdat deze is verbonden aan de invoering van het wetsvoorstel betreffende de verhoging van griffierechten²⁰⁰ dat, zoals opgemerkt, inmiddels is ingetrokken.²⁰¹ Invoering van art. 5 Wgs wordt in 2016 verwacht.²⁰²

198 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 291, nr. 49.

199 Wet van 9 februari 2012 tot het geven aan gemeenten van de verantwoordelijkheid voor schuldhulpverlening (Wet gemeentelijke schuldhulpverlening), Stb. 2012, 78.

200 Die verbondenheid blijkt uit de toelichting op het amendement dat tot invoering van het brede moratorium heeft geleid. Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 291, nr. 49.

201 Brieven van de minister-president Rutte d.d. 27 november 2012 aan de Tweede Kamer (kenmerk 3117848) en de Eerste Kamer (kenmerk 3117887). Te vinden op www.rijksoverheid.nl.

202 Zie de brief van de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie d.d. 24 april 2014 aan de Eerste Kamer (kenmerk 497266, p. 8). Te vinden op www.rijksoverheid.nl.

Hierna zal de tekst van art. 5 en de daarbij horende toelichting worden geanalyseerd. De in lid 3 genoemde algemene maatregel van bestuur is nog niet opgesteld. De tekst van art. 5 lid 1 Wgs doet denken aan die van art. 63a, omdat gesproken wordt van een afkoelingsperiode en de bevoegdheid van de schuldeiser tot verhaal op en opeising van goederen van de schuldenaar niet kan worden uitgeoefend. Het is niet duidelijk of bewust aansluiting bij art. 63a is gezocht en of jurisprudentie betreffende deze insolventie-afkoelingsperiode dus van belang is.²⁰³

In art. 63a gaat het eveneens om ‘goederen’. Het betreft hier goederen in de zin van art. 3:1 BW.²⁰⁴ Verdedigbaar is dat hier ook vermogensrechten onder vallen, zoals rechten uit een (huur)overeenkomst (art. 3:6 BW).²⁰⁵ De Hoge Raad heeft dit ten aanzien van het begrip ‘goederen’ bij onderbewindstelling (art. 1: 431 BW) in die zin beslist.²⁰⁶ Mede daarom mag worden aangenomen dat een moratorium ex art. 5 Wgs ziet op tenuitvoerlegging van ontruimingsvonnissen. Hetzelfde lijkt te gelden voor rechten uit een overeenkomst tot levering van gas, water, elektriciteit of warmte (een nutsvoorziening). Dit zou betekenen dat een afkoelingsperiode ook een voorgenomen afsluiting van een nutsvoorziening betreft. Duidelijk is dit echter niet.

In de literatuur bestaat geen eenstemmigheid over de vraag of een schuldeiser tijdens de afkoelingsperiode zijn bevoegdheid tot verrekening behoudt.²⁰⁷ Aangenomen mag worden dat dit tijdens de afkoelingsperiode ex art. 5 Wgs het geval is, aangezien dit uitdrukkelijk in de hiervoor geciteerde toelichting is vermeld.

Het is niet duidelijk of de afkoelingsperiode kan zien op een (voorgenomen) gijzeling of inhouding van het rijbewijs door de officier van justitie (op grond van de Wet Mulder), of op de executie van een vervangende hechtenis ex art. 24c Wetboek van Strafrecht.²⁰⁸ Van een duidelijke en doordachte formulering van dit brede moratorium is derhalve geen sprake.

Een ander bezwaar is dat het op grond van art. 5 Wgs niet mogelijk lijkt om op maat gesneden maatregelen te treffen. Op grond van de tekst is het immers niet mogelijk om gedeeltelijke opschorting of schorsing van executiemaatregelen te bevelen.

In art. 5 lid 2 Wgs is het beoordelingscriterium opgenomen. Dit criterium luidt dat een moratorium (afkoelingsperiode) slechts kan worden afgekondigd indien dat noodzakelijk is in het kader van schuldhelpverlening en als is voldaan aan de bij algemene maatregel van bestuur (AMvB) gestelde voorwaarden. Deze AMvB is er, zoals opgemerkt, nog niet.

Het gaat dus om de begrippen schuldhelpverlening en noodzakelijk. Schuldhelpverlening is in art. 1 Wgs als volgt gedefinieerd: ‘het ondersteunen bij het vinden van een adequate oplossing gericht op de aflossing van schulden indien redelijkerwijs is te voorzien dat een natuurlijke persoon niet zal kunnen

203 Zie ook Poelman 2011, p. 8.

204 Van der Aa, diss. 2007, p. 51 en 104 en Wessels Insolventierecht II (1) 2012/2617.

205 Wessels Insolventierecht II (1) 2012/2620. Van der Aa, diss. 2007, p. 110 meent dat dit ook geldt voor de afkoelingsperiode van art. 63a. De literatuur is overigens verdeeld, zie voor een overzicht Van der Aa, diss. 2007, p. 53.

206 HR 7 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:525, *WR* 2014/69 m.nt. G.J. Scholten.

207 Van der Aa, diss. 2007, p. 104 e.v. en Faber 2005, p. 514 en 515.

208 Een voorziening ex art. 287 lid 4 is wel mogelijk.

voortgaan met het betalen van zijn schulden of indien hij in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, alsmede de nazorg'. Dit is een ruime definitie. De fase waarin nog niet aan een schuldregeling wordt gewerkt (de stabilisatiefase) zou daar eveneens onder geschaard kunnen worden. In de toelichting op het amendement (dat aan art. 5 Wgs ten grondslag ligt) staat echter dat het aannemelijk moet zijn dat het moratorium bijdraagt aan de totstandkoming van een schuldregelingsvoorstel. Het lijkt erop dat Sterk en Spekman menen dat het moratorium niet tijdens de stabilisatiefase kan worden ingezet.²⁰⁹ Duidelijk is dit echter niet en dus prevaleert hier de tekst, op grond waarvan niet is uit te sluiten dat ook tijdens een stabilisatiefase een moratorium wordt ingezet.

Verder moet het moratorium 'noodzakelijk' zijn. Uit de tekst van de toelichting kan worden afgeleid dat hiermee wordt bedoeld dat het moratorium als 'ultimum remedium' beschouwd moet worden.²¹⁰ Poelman meent dat hier het subsidiariteitsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel van belang zijn.²¹¹ Het subsidiariteitsbeginsel houdt in dat het moratorium een laatste redmiddel moet zijn. In elk geval moet duidelijk zijn dat het niet mogelijk is om langs andere wegen (bijvoorbeeld via overleg of compromis) tot een passende oplossing voor de schuldenaar te komen. Dit blijkt ook uit de toelichting op het amendement, waar erop gewezen wordt dat de schuldhulpverlener moeite moet hebben gedaan om schuldeisers te overtuigen om hun invorderingsmaatregelen op te schorten.²¹² Hier zij aan toegevoegd dat ook naar een compromis met die schuldeisers gezocht kan worden. Het door Poelman genoemde proportionaliteitsbeginsel houdt volgens hem in dat een terughoudend gebruik gemaakt moet worden van dit middel, wat inhoudt dat de rechtbank naar de belangen van de schuldeisers moet kijken. Poelman denkt hier (ook) aan de duur van het moratorium. Dit lijkt mij juist. Het gaat dus om een belangenafweging. De omvang en duur van het moratorium kunnen een uitdrukking zijn van die belangenafweging. Dit wil zeggen dat het belang van de betrokken schuldeiser zodanig kan meewegen dat dit leidt tot een korter durend moratorium, of een beslissing waarbij de bevoegdheden van die schuldeiser gedeeltelijk worden beperkt en/of worden gekoppeld aan het betalen door de schuldenaar van de lopende verplichting. Dit laatste volgt overigens al uit de toelichting. In die toelichting staat dat als een schuldenaar tijdens de afkoelingsperiode niet aan zijn verplichtingen voldoet, het moratorium vervalt. Het is niet duidelijk om welke verplichtingen het gaat. Aangenomen moet worden dat het om verplichtingen gaat die de rechter oplegt bij het afkondigen van de afkoelingsperiode (het moratorium). Het zal veelal gaan om de verplichting om de genoemde doorlopende verplichtingen uit duurovereenkomsten na te komen. Dit betekent dat het moratorium moet worden afgewezen als er geen vooruitzicht bestaat dat die verplichtingen daadwerkelijk nagekomen zullen worden. In die zin is de gelijkenis met 287b groot. Een verschil is dat een moratorium minder als een 'ultimum remedium' en meer als een in beginsel aan de schuldenaar toekomend recht wordt gezien.

209 Poelman 2011, p. 8.

210 Zie ook interview met voormalige Tweede Kamerlid Sterk in *De Gerechtsdeurwaarder* 2011, nr. 6, p. 4.

211 Poelman 2011, p. 9.

212 Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 291, nr. 49.

Wat de procedurele kant van de zaak betreft, kan het volgende worden opgemerkt.

Het gaat om een verzoekschrift. Welk procesrecht in dezen geldt, is niet bepaald. Het lijkt de bedoeling dat de AMvB op het punt van de toepasselijke procesregels nadere bepalingen zal bevatten, maar dit is niet nodig omdat art. 261 lid 1 Rv bepaalt dat titel 3 van toepassing is op alle zaken die met een verzoekschrift moeten worden ingediend.²¹³ Een verzoek ex art. 5 Wgs kan worden beschouwd als een verzoekschrift in de zin van art. 261 lid 1 Rv, omdat het bij art. 5 Wgs gaat om de (proces)rechtsverhouding tussen burgers en (burgerlijke) rechtspersonen.²¹⁴ Dit betekent onder meer dat er een mondelinge behandeling van de verzoeken moet plaatsvinden waarbij de rechtbank belanghebbenden oproept. Volgens Poelman zouden dan alle schuldeisers moeten worden opgeroepen.²¹⁵ Dat lijkt niet juist en niet nodig. Meer waarschijnlijk is dat slechts de schuldeisers die getroffen worden door het moratorium verplicht moeten worden opgeroepen, dat wil zeggen de schuldeisers die beslag hebben gelegd of van wie bekend is dat zij een executoriale titel daartoe hebben. Een mondelinge behandeling acht ik telkens nodig. Aanstondse toewijzing van het verzoek ex art. 279 lid 1 Rv, ligt immers niet voor de hand. Verder worden regels van bewijsrecht geacht van toepassing te zijn, kan een tegenverzoek worden gedaan en kan een proceskostenveroordeling worden uitgesproken. Interessant is ook de vraag of het verzoek door een advocaat moet worden ondertekend (art. 278 lid 3 Rv). Dit lijkt niet de bedoeling. Het verzoekschrift wordt ingediend bij de rechtbank. Dat geldt ook voor 287b- en 287 lid 4-verzoeken. Deze worden kennelijk door de insolventierechter behandeld omdat deze bepalingen in de Faillissementswet zijn opgenomen. Het ligt voor de hand dat de verzoeken ex art. 5 Wgs ook door die insolventierechter behandeld gaan worden, maar daarover is niets bepaald of bekend. Het verzoek kan alleen worden ingediend door het college van B&W. Aangenomen moet worden dat dit college de bevoegdheid aan schuldhulpverlenende instellingen kan overdragen. Maar ook daarover is niets bekend.

2.5 Insolventieprocesrecht

2.5.1 Inleiding

In deze paragraaf breng ik de specifieke uitgangspunten en bijzondere kenmerken (ook te noemen: het systeem en de aard) van het insolventieprocesrecht in kaart.

Het faillissement, de schuldsaneringsregeling en de (verder niet te bespreken) surseance van betaling zijn in wezen elk een eigen procedure.²¹⁶ Dit wil zeggen dat zij elk een procedure beschrijven. De Faillissementswet kent een eigen stelsel van regels die deze procedures regelen: insolventieprocesrecht. Daarnaast zijn in

²¹³ Poelman 2011, p. 9.

²¹⁴ Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 2.

²¹⁵ Poelman 2011, p. 10.

²¹⁶ R.J. van Galen wijst hier terecht op in 'Enkele procedurele opmerkingen over het faillissement', *WPNR* 2001, 6463. Hij vermeldt dat in de Verenigde Staten wordt gesproken van bankruptcy proceedings en in Duitsland van Insolvenzverfahren. Het procesrechtelijk karakter blijkt in die landen aldus reeds uit de naamgeving.

de Faillissementswet enkele bepalingen van materieelrechtelijke aard te vinden. Genoemd kunnen worden de bepalingen dat huurovereenkomsten en arbeids-overeenkomsten, in afwijking van regelingen in het Burgerlijk Wetboek, op korte termijn kunnen worden opgezegd (art. 39 en 40) en de bepalingen omtrent verrekening in art. 53 en 54. Het insolventierecht wijkt daarmee af van het burgerlijk recht dat is gesplitst in het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Afsplitsing van insolventieprocesrecht van het burgerlijk procesrecht werd bij de totstandkoming van de Faillissementswet (1893) en tegenwoordig door sommige schrijvers zeer onpraktisch en daarom onwenselijk geacht.²¹⁷

In art. 362 is de toepasselijkheid van titel 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering uitgesloten voor procedures ingevolge de Faillissementswet. Titel 3 bevat een regeling voor de verzoekschriftprocedures. Het insolventierecht is daarmee het enige tot het burgerlijke recht te rekenen rechtsgebied met een eigen, niet in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geregeld procesrecht.²¹⁸ Dit neemt niet weg dat het insolventieprocesrecht de in par. 2.2 beschreven functies van burgerlijk procesrecht vervult. Het gaat hierbij om de volgende functies: rechtsverschaffing, de dreiging die van mogelijke toepassing uitgaat, het voorkomen van eigenrichting en, ten slotte, om de rechtsontwikkelings- en rechtseenheidsfunctie. In par. 2.2 is aangegeven dat het voorkomen van eigenrichting bij de art. 287 lid 4, 287a en 287b niet of nauwelijks een rol speelt; maar voor het insolventieprocesrecht als zodanig is dat wel het geval. Met een faillissement (of schuldsaneringsregeling) wordt immers op geordende wijze het vermogen van de schuldenaar te gelde gemaakt en verdeeld onder zijn schuldeisers. Het insolventieprocesrecht wordt daarentegen niet beheerst door alle in par. 2.3 genoemde hoofdbeginselen van burgerlijk procesrecht. Het belangrijkste hoofdbeginsel, het beginsel van hoor en wederhoor, is bijvoorbeeld niet steeds leidend in procedures ingevolge de Faillissementswet, reeds omdat het insolventieprocesrecht een aantal bepalingen voor (eventueel ambtshalve) te treffen ordemaatregelen kent. Het in art. 24 Rv neergelegde beginsel dat de rechter de zaak onderzoekt en beslist op de grondslag van hetgeen partijen aan hun verzoek of verweer ten grondslag hebben gelegd, tenzij uit de wet anders voortvloeit, geldt evenmin (voluit) in het insolventieprocesrecht. Dit wordt in par. 2.5.5 nader uitgewerkt.

2.5.2 *Wetgever, literatuur en insolventieprocesrecht*

In deze paragraaf wordt nagegaan hoe de wetgever, de rechtswetenschap en de literatuur het insolventieprocesrecht zien en waarom de toepassing van titel 3 voor insolventieprocedures is uitgesloten.

De verkorting van de duur van de afwikkeling van faillissementen was één van de doelstellingen van de wetgever bij de opstelling van de Faillissementswet in 1893.²¹⁹ De '1893-wetgever' heeft daarom voor wat betreft het procesrecht

217 M. Ynzonides, 'Faillissements- versus burgerlijk procesrecht', *TvI* 2004, 60, p. 301 en Wessels Insolventierecht I/1048.

218 Titel 3 geldt evenmin ten aanzien van art. 16 van de Wet schadefonds geweldsmisdrijven, maar dat kan niet als een apart rechtsgebied worden beschouwd.

219 Van der Feltz I 1897, p. 21.

van de Faillissementswet getracht met een ‘... zeer summieren rechtsgang en steeds bij verzoekschrift voor te schrijven, eene spoedige afdoening en eindbeslissing ook bij hogere colleges te verzekeren’.²²⁰ Dit werd noodzakelijk geacht, nu het faillissement ingrijpt in veel rechtsbetrekkingen. Zo kan de schuldenaar werknemers in dienst hebben of huurder zijn. Omwille van de rechtszekerheid voorziet de Faillissementswet in snelle procedures met korte termijnen.²²¹ Langdurige onzekerheid omtrent de vraag of een schuldenaar al dan niet (terecht) in staat van faillissement is verklaard, moet worden voorkomen. Daarom zijn in diverse wetsbepalingen van de Faillissementswet korte termijnen terug te vinden (zie hierna par. 2.5.4). Ook anderszins is ernaar gestreefd de afwikkeling van het faillissement eenvoudig te houden. In de toelichting bij art. 67, dat hoger beroep openstelt van beschikkingen van de rechter-commissaris, is bijvoorbeeld vermeld dat het hoger beroep bij de rechtbank moet worden ingediend omdat dat met minder tijdverlies gepaard gaat. Tevens wordt van een aantal beschikkingen van de rechter-commissaris bepaald dat daartegen geen rechtsmiddel openstaat omdat anders ‘... de geregelde loop van zaken telkens aan onderbreking bloot’ zou staan.²²²

In het kader van de herziening van de verzoekschriftprocedure in eerste aanleg in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering per 1 januari 2002 heeft de wetgever onderzocht of het insolventieprocesrecht zijn eigen positie diende te behouden. Na overleg met de Adviescommissie voor het Burgerlijk Procesrecht en de Orde van Advocaten heeft de wetgever ervan afgezien de Faillissementswet onder de werking van de nieuwe regeling voor verzoekschriften te brengen, omdat het insolventieprocesrecht als te zeer afwijkend werd gezien.²²³ Deze keus is niet nader toegelicht of uitgewerkt. Verwezen is slechts naar ‘de specifieke rechtsgang’ die in de Faillissementswet is neergelegd.²²⁴

Dit overziende, rijst de vraag of de bijzondere aard van het insolventieprocesrecht tegenwoordig nog in de weg staat aan toepasselijkverklaring van (delen van) het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering op procedures ingevolge de Faillissementswet. Anders dan in 1893 kent het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering immers een (volwaardige) verzoekschriftprocedure.²²⁵ Deze vraag laat ik in het vervolg echter rusten, omdat dit onderzoek zich beperkt tot de art. 287 lid 4, 287a en 287b. Nader onderzoek naar voornoemde vraag is echter wel degelijk gewenst.

De uitsluiting van de toepasselijkheid van titel 3 in art. 362 lid 2 betekent niet dat in de Faillissementswet nimmer naar bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wordt verwezen. We zagen in hoofdstuk 1 reeds dat art. 287 lid 4 een dergelijke verwijzing bevat. De ‘1893-wetgever’ heeft in art. 66 enkele bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van overeenkomstige toepassing verklaard. In art. (314 lid 2 j°) 66 is geregeld dat de rechter-commissaris gerechtigd is ‘ter opheldering van alle omstandigheden het

220 Van der Feltz I 1897, p. 282.

221 Groot 2011, p. 4.

222 Van der Feltz II 1897, p. 6.

223 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo & Bart, p. 75. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 824, nr. 3, p. 11.

224 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo & Bart, p. 75 (*Kamerstukken II*, 2000/01, 27 824, nr. 3, p. 2 en 3).

225 De noodzaak van korte (beroeps)termijnen sec lijkt niet voldoende om die uitsluiting te rechtvaardigen, zie M. Ynzonides, ‘Faillissements- versus burgerlijk procesrecht’, *TvI* 2004, 60, p. 301.

faillissement betreffende, getuigen te horen of een onderzoek van deskundigen te bevelen'. Deze bevoegdheden zijn de rechter-commissaris toegekend omdat het horen van getuigen of het bevelen van een deskundigenonderzoek bij uitstek een rechterlijke taak is.²²⁶ In art. 66 is een beperkt aantal bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering over het horen van getuigen van overeenkomstige toepassing verklaard. Het is niet duidelijk hoe en waarom de wetgever tot deze keus is gekomen. En betekent dit dat – a contrario – de overige bepalingen uit dat wetboek aangaande het horen van getuigen van toepassing zijn uitgesloten?

De Hoge Raad heeft in 1994 geoordeeld dat de tekst en de geschiedenis van art. 66 niet nopen tot de opvatting dat uitsluitend die bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van overeenkomstige toepassing zijn waarvan dit met zoveel woorden in art. 66 lid 2 en 3 is bepaald.²²⁷ Wessels stemt met dit oordeel in en wijst er onder meer op dat de rechter-commissaris in voorkomende gevallen een in het buitenland wonende getuige zal willen horen (art. 176), een proces-verbaal van het verhoor zal (doen) opmaken (art. 180) en de schadeloosstelling van de gehoorde getuige zal willen vaststellen (art. 182).²²⁸

De Rechtbank Groningen acht art. 179 Rv van overeenkomstige toepassing op het verhoor ex art. 66 Fw, zodat (middellijke) bestuurders van de gefailleerde vennootschappen, die door de curator ex art. 2:248 BW aansprakelijk zijn gesteld, bevoegd zijn het getuigenverhoor bij te wonen.²²⁹

Naar bepalingen betreffende een onderzoek van deskundigen, art. 221 Rv e.v., wordt in art. 66 in het geheel niet verwezen. Wessels neemt aan dat deze van overeenkomstige toepassing zijn.²³⁰

Hier kan mee worden ingestemd. De conclusie is dan dat bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in beginsel van overeenkomstige toepassing kunnen zijn.

Een ander aspect is dat niet specifiek het insolventieprocesrecht, maar het insolventierecht in het algemeen sinds de invoering van de schuldsaneringsregeling (in 1998) meer schuldsaneringsrecht is geworden, en daarmee op het terrein van het 'sociaal recht' is gekomen. Sociaal recht, hier niet in de zin van het sociaalzekerheidsrecht en het arbeidsrecht, maar in de zin van recht dat de Nederlandse verzorgingsstaat (of participatiesamenleving) regelt. Dit kan als volgt worden toegelicht. Het voorkomen en oplossen van problematische schulden wordt reeds lange tijd als een overheidstaak beschouwd. Met de invoering van de Wet Gemeentelijke Schuldhulpverlening is dit geformaliseerd. Blijkens haar memorie van toelichting is het oplossen van problematische schulden een middel om de participatie van burgers te vergroten.²³¹ Problematische schulden moeten zoveel mogelijk voorkomen, dan wel opgelost worden. De maatschappelijke kosten van schulden zijn immers hoog: armoede, sociale uitsluiting, huisuitzetting, onverzekerbaarheid, afsluitingen van nutsvoorzienin-

²²⁶ Molengraaff 1898, p. 262.

²²⁷ HR 11 februari 1994, *NJ* 1994/336.

²²⁸ Wessels 2009, p. 53-60.

²²⁹ Rb. Groningen 26 november 2004, *JOR* 2005, 49.

²³⁰ Wessels 2009, p. 53-60.

²³¹ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 291, nr. 3, p. 1.

gen. De wettelijke schuldsaneringsregeling moet tegen die achtergrond worden gezien als een (ultiem) middel om problematische schulden op te lossen en de participatie van burgers te vergroten.

Reeds bij de invoering van de Faillissementswet, in 1896, kon al niet worden volgehouden dat het insolventierecht enkel en alleen de vereffening en verdeling van vermogen van schuldenaren ten behoeve van schuldeisers tot doel had. De gefailleerde kon (en kan) immers een ontwerp van een akkoord aan zijn (concurrente) schuldeisers aanbieden dat kan worden goedgekeurd door de rechtbank, indien dit bij gekwalificeerde meerderheid door hen is aangenomen. Daarmee is het jegens de niet-instemmende (concurrente) schuldeisers een dwangakkoord. Ook kon (en kan) uitstel van betaling worden verkregen door ondernemers: de surseance van betaling. Deze insolventieprocedure is niet gericht op de vereffening en verdeling van vermogen. Het voorgaande neemt niet weg dat met de invoering van de wettelijke schuldsaneringsregeling (in 1998) een grote stap werd gezet richting het terrein van het sociaal recht (in voornoemde zin). Het insolventierecht is sindsdien (nog) minder een loutere vereffening van het vermogen ten behoeve van de schuldeisers; maar dient ook bij te dragen aan het oplossen van problematische schulden. Een schone lei is voor iedere particuliere schuldenaar een optie zo niet een recht. Bovendien kan in de schuldsaneringsregeling een rechterlijk dwangakkoord tot stand komen waarbij de vereiste stemverhouding ten opzicht van het faillissement aanmerkelijk is versoepeld, met als finale ‘escape’ dat de rechter-commissaris – indien het akkoord niet is aangenomen – het akkoord kan vaststellen als ware het aangenomen (art. 332 lid 4). Een vrijwel gelijklopende versoepeling werd in 2005 doorgevoerd in het faillissement. De drie hier te onderzoeken, in 2008 ingevoerde, wetsartikelen versterken het sociaalrechtelijke karakter van het insolventierecht, omdat zij gericht zijn op de (particuliere) schuldenaar die zich in een noodsituatie bevindt.

Het gevolg van deze ontwikkelingen is dat de schuldenaar steeds meer centraal is komen te staan, ten koste van de positie van de schuldeisers. Hierna zal blijken dat dit van invloed is op het systeem en de aard van het insolventieprocesrecht.

De wetgever lijkt de eigen positie van het procesrecht in de Faillissementswet anno 2013 min of meer uit het oog te zijn verloren. In de eind 2013 gedane eerste concept-voorstellen tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering met het oog op de digitalisering van het burgerlijk proces (project KEI) valt geen enkele verwijzing naar de Faillissementswet te vinden.²³² Wel heeft de minister in zijn brief van 27 juni 2013 aan de Tweede Kamer aangegeven voornemens te zijn de faillissementsprocedures te moderniseren.²³³ Uitgangspunt daarbij is dat de procedure efficiënter en transparanter moet worden. Daarnaast moet de procedure voldoen aan de eisen van de moderne en digitale tijd en binnen een behoorlijke termijn kunnen worden afgewikkeld. Uit de toelichting op dit voornemen moet worden afgeleid dat een uniformering van het procesrecht door toepassing van (delen van) het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering niet aan de orde is, maar dat het om een voortzetting van de

²³² Zie www.internetconsultaties.nl.

²³³ *Kamerstukken II* 2012/13, 33 695, nr. 1.

geïsoleerde ontwikkeling van het procesrecht gaat. In februari 2014 herhaalt de minister zijn voornemen.²³⁴ Voorts heeft de minister op 22 oktober 2013 een conceptwetsvoorstel ter consultatie ingebracht strekkende tot invoering van de zogeheten pre-pack dat wil zeggen de mogelijkheid tot het benoemen van een voorgenomen (stille) curator.²³⁵ Kern van dit voorstel is de introductie van een nieuwe titel (titel IV) getiteld ‘<Buiten faillissement en surseance van betaling>’ bij de Faillissementswet. Opvallend is dat deze nieuwe titel wordt geplaatst na art. 362, zodat de indruk wordt gewekt dat op de geïntroduceerde titel IV de bepalingen inzake de verzoekschriftprocedure van titel 3 integraal van toepassing zijn (volgens de hoofdregel van art. 261 Rv); maar uit de toelichting bij dit conceptwetsvoorstel blijkt niet dat de minister zich hiervan rekenschap heeft gegeven. Dit bevreemdt, nu hij juist van plan is het insolventieprocesrecht te moderniseren.

In de literatuur is weinig aandacht voor het insolventieprocesrecht. Van Mierlo meent dat art. 362 lid 2 aldus gelezen moet worden dat bepalingen uit (titel 3 van) het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering niet (analogisch) van toepassing zijn, tenzij de bijzondere aard van de procedure daaraan niet in de weg staat.²³⁶ Wessels neigt – wat voorzichtiger – ook naar dit standpunt.²³⁷ Polak wijst erop dat, zo daarvoor aanleiding zou zijn, de regels van de verzoekschriftprocedure analogisch kunnen worden toegepast.²³⁸ Giacometti-Vermeer en Ynzonides hebben in 2008 gepleit voor integrale toepasselijkverklaring van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering op de procedures ingevolge de Faillissementswet, met dien verstande dat voor bepaalde procedures afwijkende bepalingen moeten worden opgenomen.²³⁹ Wessels heeft in 2005 een ander voorstel gedaan. Nadat hij heeft gewezen op de nadelen van de geïsoleerde plaats van het insolventieprocesrecht in de Faillissementswet en haar geïsoleerde ontwikkeling, deed hij de suggestie het insolventieprocesrecht in het derde boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (‘Van rechtspleging van onderscheiden aard’) op te nemen.²⁴⁰ Dit heeft, aldus Wessels, het voordeel dat in beginsel alle bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing zijn.

Dat het insolventieprocesrecht in de rechtswetenschap anno 2013 van de radar lijkt te zijn verdwenen kan blijken uit het voorstel dat Vriesendorp, Hermans en De Vries in april 2013 deden.²⁴¹ Dit voorstel bepleit de uitbreiding van de Faillissementswet met een titel IV, inhoudende een regeling voor de sanering van schulden van rechtspersonen buiten faillissement of surseance van betaling. In dit voorstel valt op dat deze titel – evenals in het hiervoor genoemde wetsvoorstel voor de invoering van de figuur van de voorgenomen (stille) curator – volgt

234 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 695, nr. 4, p. 18.

235 Voorontwerp continuïteit ondernemingen I, zie www.internetconsultaties.nl

236 Van Mierlo acht, gelet op de uitspraak van Hof Arnhem 31 maart 2003 *JBP* 2004/2, verdedigbaar dat titel 3 niet van toepassing is op verzoeken ingevolge de Faillissementswet, tenzij de bijzondere aard van de procedure daaraan niet in de weg staat (Van Mierlo 2014, (T&C Rv), art. 261 Rv, aant. 5). Polak 2008, p. 362.

237 Wessels I/1260 en 1261.

238 Polak 2014, p. 470.

239 W.G.L. Giacometti-Vermeer & M. Ynzonides, ‘Het voorontwerp Insolventiewet bezien vanuit procesrechtelijk oogpunt’, *TvI* 2008, 10.

240 B. Wessels, ‘Tegen een geïsoleerd insolventieprocesrecht’, *NTBR* 2005, 12, p. 64 en 65.

241 R.D. Vriesendorp, R.M. Hermans & K.A.J. de Vries, ‘Wetsvoorstel tot aanpassing van de Faillissementswet door uitbreiding met titel IV’, *TvI* 2013, 20.

op art. 362. Het lijkt er dan op dat op die voorgestelde titel IV de verzoekschriftprocedure van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (titel 3) van toepassing is. Uit het voorstel en de toelichting daarop moet worden afgeleid dat dat niet de bedoeling is. Het voorstel bevat namelijk allerlei bepalingen waarvoor titel 3 juist reeds een regeling biedt, maar van een bewuste keuze lijkt geen sprake.

De tussenconclusie is dat de wetgever er bewust voor heeft gekozen dat de Faillissementswet een eigen procesrecht heeft. Dit betekent niet dat bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering nimmer van toepassing zijn. De wetgever verwijst op enkele plaatsen expliciet naar bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, bijvoorbeeld in art. 66 en 287 lid 4. Daarnaast is analogische toepassing volgens de Hoge Raad toegestaan zonder dat duidelijk is in welke gevallen dat dan mogelijk is. Deze kwestie wordt hierna onderzocht.

Het insolventieprocesrecht lijkt met de invoering van de schuldsaneringsregeling van karakter te zijn veranderd, in die zin dat de schuldenaar meer centraal is komen te staan. Dit wordt hierna verder onderzocht. Ten slotte is vastgesteld dat wetgever, rechtswetenschap en literatuur weinig aandacht hebben voor de geïsoleerde plaats die het insolventieprocesrecht inneemt en wat hiervan de gevolgen zijn.

2.5.3 *De uitsluiting van de toepasselijkheid van titel 3 (art. 362)*

2.5.3.1 RECHTSPRAAK: ANALOGISCHE TOEPASSING VAN GEVAL TOT GEVAL

Het procesrecht in de Faillissementswet vertoont lacunes. De rechter worstelt daarom van tijd tot tijd met de vraag of bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (waaronder die uit titel 3) analogisch kunnen worden toegepast.²⁴² Dit bleek reeds in de vorige paragraaf, bij de bespreking van art. 66 aangaande het horen van getuigen in faillissementen.

Hoe gaat de rechter met deze lacunes om? Ter beantwoording van die vraag worden de rechtspraak van de Hoge Raad en drie uitspraken van gerechtshoven geanalyseerd.

De Hoge Raad lijkt niet consequent te zijn als het gaat om de vraag of bepalingen uit titel 3 zich lenen voor analogische toepassing in procedures ingevolge de Faillissementswet. In een arrest van 12 oktober 2007 betreffende een verzoek tot omzetting van een faillissement in een schuldsaneringsregeling overweegt hij: '3.4.1. Art. 3 lid 1 schrijft niet voor op welke wijze de verzending van de evenbedoelde brief door de griffier dient te geschieden. Waar in onderdeel 1 wordt betoogd dat het hof de voorschriften van art. 261, 271 en 291 Rv. heeft miskend, ziet het eraan voorbij dat de toepasselijkheid van de derde titel van het eerste boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in art. 362 lid 2 F. voor verzoeken ingevolge de Faillissementswet is uitgesloten, hetgeen ook aan analogische toepassing in de weg staat.'²⁴³

²⁴² Voor een overzicht, zie ook Wessels Insolventierecht I 2012/1259-1261.

²⁴³ HR 12 oktober 2007, *LJN* BA7958, *NJ* 2007/622.

Dat lijkt duidelijk: geen analogische toepassing. Hierbij zij opgemerkt dat de Hoge Raad bij de vraag hoe een schuldenaar door de griffier moet worden gewezen op de mogelijkheid van het indienen van een Wsnp-verzoek (art. 3) kon teruggrijpen op een regeling die de Faillissementswet wel kende, te weten het op art. 6 lid 1 gebaseerde Besluit van 27 januari 1926, Stb. 14 (regelende de oproeping van de schuldenaar voor de behandeling van een faillissementsaanvraag).²⁴⁴

Een jaar later, op 11 april 2008, paste de Hoge Raad in een andere schuldsaneringszaak een bepaling van titel 3 wel analogisch toe. Het ging in die zaak om de vraag of in een procedure tot ontneming van een eerder verleende schone lei (art. 358a) de schuldenaar in de proceskosten kon worden veroordeeld. De Faillissementswet zwijgt hierover. De Hoge Raad overwoog eerst dat de rechter volgens (eigen) vaste rechtspraak, onder het voor 1 januari 2002 geldende recht, in een verzoekschriftprocedure waarvoor de regeling in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering niet gold, een veroordeling in de proceskosten kon uitspreken en dat deze mogelijkheid ook bestaat in een procedure tot faillietverklaring.²⁴⁵ De Hoge Raad nam vervolgens aan dat dit oordeel eveneens geldt met betrekking tot andere procedures ingevolge de Faillissementswet. De wetgever heeft met de invoering van art. 362 namelijk niet aangegeven te willen breken met genoemde rechtspraak, aldus de Hoge Raad, die vervolgens oordeelde dat daarom aangenomen moet worden: '(...) dat het bepaalde in art. 362 lid 2 F. niet eraan in de weg staat dat overeenkomstig het bepaalde in art. 289 Rv. en met overeenkomstige toepassing van art. 362 Rv. ook in hoger beroep, een uitspraak op een verzoek ingevolge de Faillissementswet een veroordeling in de proceskosten kan inhouden'.²⁴⁶ Uit deze redenering en de geciteerde overweging volgt dat de rechter niet alleen in een procedure tot ontneming van de schone lei ex 358a, maar in alle procedures ingevolge de Faillissementswet een proceskostenveroordeling kan uitspreken; ongeacht of daarvoor in de Faillissementswet een regeling bestaat.²⁴⁷ De advocaat-generaal Keus volgde in zijn conclusie voor dit arrest een andere, vermeldenswaardige redenering. Hij wees erop dat art. 78 lid 1 Rv bepaalt dat de tweede titel van het eerste boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing is op alle zaken waarop titel 3 niet van toepassing is. Dit art. 78 Rv vermeldt dat dit niet geldt voorzover daarop een andere, bijzondere wettelijke regeling van toepassing is. Omdat de procedure van art. 261 Rv e.v. (titel 3) niet van toepassing is en evenmin een regeling aanreikt met betrekking tot de mogelijkheid van een proceskostenveroordeling concludeerde de advocaat-generaal dat in de onderhavige (en in wezen contradictoire) zaak een proceskostenveroordeling op de voet van art. (353 j°) 237 Rv mogelijk is. Deze redenering lijkt niet juist. Titel 3 is immers juist niet van toepassing op procedures ingevolge de Faillissementswet, omdat deze wet een eigen procesrecht kent met van het gewone procesrecht afwijkende regels. Dit betekent derhalve dat art. 78 lid 1 Rv niet van toepassing is.

244 Eveneens door de Hoge Raad toegepast ter zake van een oproeping als bedoeld in art. 350 lid 2. Zie HR 19 januari 2001, *LJN* AA9561, *NJ* 2001/232.

245 HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998/68.

246 HR 11 april 2008, *LJN* BC2721, *NJ* 2008/221.

247 HR 13 maart 1992, *NJ* 1993/96, m.nt. H.J. Snijders.

Verder kan een uitspraak van de Hoge Raad van 11 oktober 2013 worden genoemd. In deze zaak had de curator in cassatie een verweerschrift ingediend. Het griffierecht was echter te laat betaald. Op grond van art. 282a lid 3 j° 427b Rv zou dat verweerschrift niet bij de beslissing op het cassatieverzoek betrokken kunnen worden. De curator voerde aan dat die bepalingen ingevolge art. 362 lid 2 Rv niet van toepassing zijn. De Hoge Raad oordeelde echter dat het bepaalde in art. 362 lid 2 niet in de weg staat aan overeenkomstige toepassing van het bepaalde in art. 282a lid 3 j° 427b Rv.²⁴⁸

In voornoemde uitspraken van 11 april 2008 en 11 oktober 2013 heeft de Hoge Raad bepalingen van titel 3 analogisch toegepast. Gesteld zou kunnen worden dat dit niet in strijd is met art. 362 lid 2, omdat die bepaling alleen ziet op procedures in eerste aanleg. Dit kan als volgt worden toegelicht. Per 1 januari 2002 zijn de bepalingen omtrent hoger beroep van beschikkingen van titel 3 afgesplitst. De bepalingen omtrent hoger beroep en beroep in cassatie zijn sinds 2002 opgenomen in de vierde afdeling van titel 7 (art. 358-362 Rv, betreffende hoger beroep) en de vijfde afdeling van titel 11 (art. 426-429 Rv, beroep in cassatie). Art. 362 lid 2 zegt door deze wijziging alleen iets over de niet-toepasselijkheid van de voorschriften in eerste aanleg. Nu dit evenmin uit de wetsgeschiedenis blijkt, is niet duidelijk of de art. 358-362 Rv (hoger beroep) en de art. 426-429 Rv (beroep in cassatie) van toepassing zijn op procedures ingevolge de Faillissementswet.

Volgens advocaten-generaal Langemeijer en Wesseling-van Gent kan verdedigd worden dat de art. 358-362 Rv niet van toepassing zijn.²⁴⁹ Uit het genoemde arrest van 11 oktober 2013 kan worden afgeleid dat de Hoge Raad deze mening ten aanzien van art. 426-429 Rv eveneens is toegedaan. Maar een overweging of toelichting terzake ontbreekt.

In een uitspraak van 22 december 2006 lijkt de Hoge Raad echter anders te beslissen. Er was in die zaak hoger beroep ingesteld van een beschikking van de rechtbank waarbij een beroep op (relatieve) onbevoegdheid ter zake van een faillissementsverzoek was verworpen en de beslissing op het verzoek (tot faillietverklaring) was aangehouden.²⁵⁰ Er was hoger beroep ingesteld tegen de verwerping van het onbevoegdheidsverweer. Het hof had verzoekster niet-ontvankelijk verklaard in haar hoger beroep op grond van (analogische toepassing van) art. 270 lid 3 Rv. In dat artikel is bepaald dat geen hogere voorziening is toegelaten van beslissingen waarbij een betwisting van (relatieve) bevoegdheid wordt verworpen of de zaak naar een andere rechter wordt verwezen. De Hoge Raad verklaarde verzoekster niet-ontvankelijk in haar beroep in cassatie, omdat tegen de desbetreffende beschikking van het hof geen beroep in cassatie openstond. Op grond van art. 426 lid 4 j° 401a lid 2 Rv geldt immers dat beroep in cassatie van tussenbeschikkingen (van het hof) slechts openstaat tegelijk met de eindbeschikking. De Hoge Raad paste in deze uitspraak bepalingen uit het

248 HR 11 oktober 2013, ECLI:NL:HR:CA0721. De Hoge Raad had in HR 27 januari 2012, *LJN* BV2020, *NJ* 2012/201 reeds in dezelfde zin geoordeeld.

249 Conclusies voor HR 22 december 2006, *LJN* AZ2724 en HR 20 april 2007, *LJN* BA3413. Hof Arnhem-Leeuwarden 17 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014: 8818 oordeelde onder verwijzing naar de conclusie van Wesseling-van Gent voor het arrest uit 2007 in gelijke zin en oordeelde voorts dat – onder omstandigheden – hoger beroep van een tussenuitspraak (op een faillissementsverzoek) kan worden ingesteld. Zie tevens conclusie AG Langemeijer voor HR 12 juli 2002, *LJN* AE3344, *NJ* 2002/532.

250 HR 22 december 2006, *LJN* AZ2724.

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aangaande beroep in cassatie dus rechtstreeks toe.

De meest recente uitspraak is van 6 juni 2014.²⁵¹ Daarin oordeelde de Hoge Raad dat art. 362 lid 2 er niet aan in de weg staat dat bij de beantwoording van de vraag wie in het kader van een verzoek ingevolge de Faillissementswet als belanghebbende kan worden aangemerkt, zoveel mogelijk aansluiting wordt gezocht bij het begrip ‘belanghebbende’ van art. 282 Rv en de in dat verband ontwikkelde rechtspraak. Hierbij valt (wederom) op dat de Hoge Raad deze regel algemeen formuleert en niet beperkt tot het in die zaak aan de orde zijnde verzoek tot het benoemen van een (voorlopige) commissie uit schuldeisers ex art. 74 en 75.

Het voorgaande laat zien dat de Hoge Raad, ondanks de wisselende rechtspraak en de klarenstoot uit 2007, uiteindelijk geen bezwaren heeft tegen analogische toepassing van de bepalingen van titel 3 op procedures ingevolge de Faillissementswet.²⁵² Overeenkomstige toepassing van art. 289 Rv (proceskostenveroordeling) en art. 282 Rv (oproepen belanghebbende) lijkt in alle procedures toegestaan. Op de vraag of art. 362 lid 2 wel of niet ziet op procedures in hoger beroep en cassatie heeft de Hoge Raad geen uitdrukkelijke beslissing gegeven. Analogische toepassing van bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is blijkens het arrest van 22 december 2006 zelfs mogelijk als het gaat om de vraag of een rechtsmiddel tegen een beslissing openstaat.²⁵³ Het gesloten stelsel van rechtsmiddelen van de Faillissementswet staat hieraan blijkbaar niet in de weg. Analogische toepassing is niet aan de orde, of beter gezegd niet nodig, indien in de Faillissementswet zelf of in een daarop rustende regeling een bepaling of regeling is te vinden die zich voor overeenkomstige toepassing leent.

Het voorgaande toont aan dat de eigen plaats van het insolventieprocesrecht tot problemen leidt, omdat regelmatig blijkt van lacunes. Daarbij rijst telkens de vraag of overeenkomstige toepassing van bepalingen uit titel 3 wel of niet mogelijk is. Dit leidt tot rechtsonzekerheid. Dit kan tevens worden afgeleid uit jurisprudentie van de gerechtshoven op dit punt. Ter illustratie worden tot slot drie uitspraken van de Hoven Arnhem, 's-Gravenhage en Leeuwarden behandeld.

a. Hof Arnhem paste art. 281 Rv (inzake herstel van procureursverzuim, thans advocaatverzuim) toe in een schuldsaneringsprocedure. De ratio van de korte appeltermijn van art. 292 lid 2 is om vertraging in de behandeling van de zaak of bij het doen van uitspraak te voorkomen. Omdat de rectificatie in deze zaak binnen een dag na het verstrijken van de beroepstermijn had plaatsgevonden, was geen enkele vertraging, in voornoemde zin, opgetreden.²⁵⁴ Het hof merkte daarbij wel op dat in het algemeen zeer terughoudend moet worden omgegaan met analogische toepassing van bepalingen uit titel 3 in het kader van de Faillissementswet. Analogische toepassing van art. 281 Rv werd mogelijk geacht omdat die bepaling de weerslag vormt van een algemene rechtsontwikkeling, die

251 HR 6 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1338, *NJ* 2014/299.

252 Volgens Voorontwerp Insolventiewet is er geen reden af te wijken van de regels in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering betreffende de behandeling van verzoekschriften (art. 1.1.5 Vo.).

253 Anders HR 9 december 1983, *NJ* 1984/385, m.nt. WHH.

254 Hof Arnhem 31 maart 2003, *JBP* 2004, 2, m.nt. J.G.A. Linssen.

erop neerkomt dat fouten alleen dan negatieve gevolgen moeten hebben als het belang dat de geschonden norm beoogt te beschermen daadwerkelijk is aangetast.

b. In een arrest van Hof 's-Gravenhage van 12 februari 2009 was de vraag aan de orde of de rechtbank een door de ontvanger ingediend faillissementsverzoek terecht had afgewezen op grond van het feit dat de ontvanger zonder advocaat ter zitting was verschenen. Het hof overwoog dat de Faillissementswet de aanwezigheid van een advocaat bij de behandeling van een faillissementsverzoek niet dwingend voorschrijft. Bij gebreke van een andersluidende regeling zou daarom art. 279 lid 3 Rv overeenkomstig kunnen worden toegepast. Hierin is geregeld dat partijen zonder advocaat ter zitting kunnen verschijnen. Art. 362 lid 2 stond, aldus het hof, niet in de weg aan overeenkomstige toepassing van art. 279 Rv.

c. Voor het instellen van hoger beroep tegen een tussentijdse beëindiging van een schuldsaneringsregeling (art. 350) geldt een korte beroepstermijn. In een zaak uit 2012 had de schuldenaar betoogd dat hij noch de oproep van de rechtbank voor de zitting (waarop de voordracht tot tussentijdse beëindiging werd behandeld), noch het vonnis van de rechtbank had ontvangen. Deze waren per gewone post verzonden. Het Hof Leeuwarden verklaarde de schuldenaar ondanks overschrijding van de beroepstermijn wel ontvankelijk in het hoger beroep.²⁵⁵ Het hof overwoog daartoe dat de wijze van oproepen in art. 350 niet is geregeld en dat voor de wijze van oproepen in gevallen als deze aansluiting dient te worden gezocht bij art. 272 Rv, inhoudende dat de oproeping van niet in de procedure verschenen belanghebbenden geschiedt door de griffier bij aangezekende brief, tenzij de rechter anders bepaalt.²⁵⁶

Uit het voorgaande blijkt dat de hoven evenmin problemen hebben met analogische toepassing van bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. De in de jurisprudentie gemaakte keuzes zijn goed verdedigbaar. Dit neemt niet weg dat deze weliswaar noodzakelijke 'rechtsvinding' niet bijdraagt aan de door partijen verlangde rechtszekerheid.

2.5.3.2 TOEPASSING TITEL 3 BIJ DE PROCEDURES VAN ART. 287 LID 4, 287A EN 287B

In deze paragraaf zal worden aangetoond dat de uitsluiting van de toepassing van titel 3 in art 362 niet geldt voor de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b en dat titel 3 op deze procedures van toepassing is – met inachtneming van de bijzondere kenmerken van het insolventieprocesrecht.

De uitsluiting van de toepassing van titel 3 is in art. 362 lid 2 neergelegd. Daarin is bepaald dat titel 3 niet van toepassing is op procedures 'ingevolge' de Faillissementswet. De procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b zijn echter geen procedures 'ingevolge' de Faillissementswet. Zij leiden immers niet tot opening van een insolventieprocedure, noch betreffen zij geschillen in het kader

²⁵⁵ Hof Leeuwarden 11 oktober 2012, *LJN* BY1482.

²⁵⁶ Het Hof had overigens het besluit van 27 januari 1926, houdende voorschriften ter uitvoering van artikel 6 der Faillissementswet, laatstelijk gewijzigd op 7 april 1994 (Stb. 1994, 265), overeenkomstig kunnen toepassen. In dat besluit is geregeld op welke wijze de griffier de schuldenaar van wie het faillissement is aangevraagd, moet oproepen. Zie HR 19 januari 2001, *LJN* AA9561, *NJ* 2001/232 en HR 12 oktober 2007, *LJN* AP7958, *NJ* 2007/622.

van een lopende insolventie. Het zijn procedures die juist dienen ter voorkoming van een insolventie (art. 287b en 287a) of voorafgaand aan een eventuele insolventie(procedure) worden gevoerd (art. 287 lid 4).²⁵⁷ Voor deze redenering kan steun gevonden worden in een arrest van de Hoge Raad uit 2011, betreffende de procedure aangaande na het einde van een insolventieprocedure in de boedel teruggefallen of alsnog gebleken baten (art. 194).²⁵⁸ De zaak die tot deze uitspraak leidde, betrof een bevel ex art. (356 lid 4 j°) 194 strekkende tot vereffening en verdeling van een na het einde van een schuldsaneringsregeling opgekomen bate. Het was de vraag of tegen een dergelijk bevel hoger beroep of slechts beroep in cassatie openstond. Art. (321 j°) 85 bepaalt namelijk dat alle beschikkingen in zaken, het beheer of de vereffening van de boedel betreffende, door de rechtbank in het hoogste ressort worden gewezen, behalve in gevallen waarin het tegendeel is bepaald. De Hoge Raad oordeelt in deze beschikking dat het tegendeel niet is bepaald, zodat art. 85 in beginsel betrekking heeft op een bevel ex art. 194. Dit betreft volgens de Hoge Raad echter niet de (voor)vraag óf art. 194 toepassing behoort te vinden. Een beslissing op die (voor)vraag kan volgens de Hoge Raad niet worden aangemerkt als een beslissing die enkel ‘het beheer of de vereffening des faillieten boedel’, als bedoeld in art. (321 j°) 85, betreft. De Hoge Raad oordeelt – en dat is in dit verband van groot belang – dat art. 194 toepassing vindt na beëindiging van de toepassing van de schuldsaneringsregeling en dus in een situatie waarin de schuldenaar (weer) de vrije beschikking heeft over zijn vermogen. In een dergelijke situatie dienen volgens de Hoge Raad de gewone procedureregels te gelden voor de beslissing van geschillen over de vraag of ingevolge de Faillissementswet bepaalde vermogensbestanddelen (alsnog) aan die vrije beschikking zijn onttrokken. In zoverre staat krachtens de algemene regel van art. 358 Rv tegen de desbetreffende beschikking hoger beroep open.²⁵⁹ De Hoge Raad overwoog daarbij tot slot dat ‘Daaraan (...) de categorische uitsluiting van gewone rechtsmiddelen in art. 360 F. niet af [doet], aangezien een beslissing op de genoemde voorvraag niet geacht kan worden te zijn gegeven ‘ingevolge’ titel III F. (in het bijzonder art. 356 lid 4 in verbinding met art. 194).’

Ook de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b zijn dan, de redenering van de Hoge Raad volgend, geen procedures ‘ingevolge’ titel III van de Faillissementswet. Het betreft pre-insolventieprocedures. De verzoeker heeft de vrije beschikking over zijn vermogen. De verzoeken ex art. 287b en 287a staan bovendien los van het Wsnp-verzoek waarvan zij onderdeel uitmaken. Voor de toewijsbaarheid van deze beide verzoeken is het immers niet noodzakelijk dat het Wsnp-verzoek zelf toewijsbaar is.²⁶⁰ Het is zelfs niet nodig – te zijner tijd – een Wsnp-verzoek ter beoordeling door de insolventierechter in te dienen. Het Wsnp-verzoek is slechts een spreekwoordelijk vat waarin de voor de beoordeling van de verzoeken noodzakelijke informatie gegoten moet worden. De conclusie moet daarom zijn dat geen sprake is van procedures

257 Noordam 2008, p. 273 vraagt zich eveneens af of titel 3 van toepassing is op de behandeling van 287 lid 4-verzoeken.

258 HR 15 april 2011, *LJN* BP4963, *JOR* 2011, 244.

259 De Hoge Raad verwijst daarbij naar HR 10 augustus 1984, *NJ* 1985/70 en 69, m.nt W.C.L. van der Grinten.

260 Zie par. 6.4 en HR 14 december 2012, *LJN* BY0966, *NJ* 2013/43.

ingevolge de Faillissementswet en dat titel 3, conform de hoofdregel van art. 261 Rv., bijgevolg van toepassing is op de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b.

Toepassing van titel 3 brengt tevens de toepasselijkheid van de algemene bepalingen van art. 19 Rv e.v. met zich. Het in art. 19 Rv neergelegde beginsel van hoor en wederhoor is reeds aan bod gekomen. De betekenis van dit beginsel in insolventieprocedures wordt in par. 2.5.9 geanalyseerd. De meeste andere bepalingen lijken zonder problemen toepasbaar op de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b; de rechter moet voor onredelijke vertraging waken (art. 20 Rv), partijen zijn verplicht de van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren (art. 21 Rv), de rechter kan partijen bevelen stellingen toe te lichten of bepaalde bescheiden over te leggen (art. 22 Rv), de rechter beslist op al het verzochte (art. 23 Rv), de rechter moet ambtshalve rechtsgronden aanvullen (art. 25 Rv), de beschikking wordt in het openbaar uitgesproken, bevat de gronden waarop zij berust (art. 28 en 30 Rv) en kan verbeterd en/of aangevuld worden (art. 31 en 32 Rv).

Twee bepalingen verdienen nadere beschouwing. Dat zijn de art. 24 en 27 Rv. Art. 24 Rv bepaalt dat de rechter de zaak onderzoekt en beslist op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering of verzoek of verweer ten grondslag hebben gelegd. Hierin is het beginsel van de autonomie en de lijdelijkheid van de rechter neergelegd. We zullen nog zien dat deze bepaling kan botsen met de aard van het insolventieprocesrecht.

Art. 27 Rv bepaalt dat zittingen waarop verzoeken worden behandeld in het openbaar worden gehouden. Dit volgt tevens uit art. 6 EVRM. De zitting waarop een faillissementsverzoek wordt behandeld vindt niet in het openbaar plaats. Want art. 4 bepaalt dat het faillissementsverzoek ‘in raadkamer’ wordt behandeld. Voor de behandeling van Wsnp-verzoeken bevat de wet geen soortgelijke bepaling. Zijn de mondelinge behandelingen van Wsnp-verzoeken dan wel openbaar? De literatuur is verdeeld. Het is zonder meer wenselijk dat deze zittingen inderdaad in het openbaar plaatsvinden.²⁶¹ Indien dit niet het geval is, dan dient dit ten minste te gelden voor de behandeling van verzoeken ex art. 287 lid 4, 287a en 287 b. Toepassing van art. 27 Rv brengt aldus geen verandering in hetgeen reeds gold.

Hier wordt verdedigd dat titel 3 rechtstreeks van toepassing is op de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b. ‘Subsidiair’ kan worden gesteld dat de bepalingen van titel 3 analogisch moeten worden toegepast. Uit de in par. 2.5.2 en 2.5.3.1. beschreven literatuur en jurisprudentie is immers gebleken dat de bijzondere kenmerken van het insolventieprocesrecht van dien aard zijn dat zij zich niet verzetten tegen analogische toepassing van de bepalingen uit titel 3.

²⁶¹ Rb. Rotterdam 19 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2545, *TvS* 2014, 414 oordeelde dat dat niet het geval is. Vriesendorp lijkt deze mening eveneens te zijn toegedaan (Vriesendorp 2013, p. 9). Wessels wijst er enkel op dat anders dan bij de aangifte of het verzoek tot faillietverklaring niet is bepaald dat het verzoek ‘in raadkamer’ wordt behandeld (Wessels Insolventierecht IX/9048). Diverse andere schrijvers gaan uit van een behandeling van het Wsnp-verzoek op een openbare zitting. Zie o.a. Dethmers 2005, p. 2 en 28 en Salomons 2008, p. 256 met door laatstgenoemde de kanttekening dat de rechter de deuren kan doen sluiten op grond van art. 27 lid 1 onder c Rv.

2.5.4 *Korte termijnen en een gesloten stelsel van rechtsmiddelen*

Hiervoor is al aangestipt dat het insolventieprocesrecht wordt gekenmerkt door korte termijnen. Dit is de uitwerking van de belangrijkste specifieke doelstelling bij de invoering van de Faillissementswet, namelijk dat deze is gericht op een spoedige afwikkeling van – destijds – het faillissement. Dit blijkt bijvoorbeeld uit art. 108. Deze bepaling houdt in dat de rechter-commissaris uiterlijk binnen 14 dagen nadat het vonnis van faillietverklaring in kracht van gewijsde is gegaan, bepaalt tot welke dag schuldvorderingen kunnen worden ingediend alsmede de dag van de verificatievergadering. De rechter-commissaris dient voorts binnen drie dagen te beslissen op verzoekschriften van schuldeisers waarbij wordt opgekomen tegen handelingen van een curator of Wsnp-bewindvoerder (art. 69 en 317); – nota bene een bijzonder korte termijn. Bij de opening van de insolventieprocedure (het faillissement) dient eveneens snel te worden gehandeld. In art. 4 is bijvoorbeeld bepaald dat de rechtbank met de meeste spoed beslist op aangiftes en verzoeken tot faillietverklaringen.

Bij de invoering van de Wsnp (schuldsaneringsregeling) in 1998 stond de wetgever eveneens een snelle procedure voor ogen. Art. 287 bepaalt dat op Wsnp-verzoeken met de meeste spoed wordt beslist (art. 287). Het verbaast daarom niet dat de in art. 287 lid 4, 287b en 287a genoemde termijnen kort zijn. Hierbij zij aangetekend dat de schuldsaneringsregeling, anders dan faillissementen, een door de wetgever vastgelegde ‘looptijd’ van drie jaar heeft (art. 349a lid 1).

Tevens heeft de wetgever met het oog op een snelle afwikkeling van insolventieprocedures gekozen voor een bijzonder, van de gewone wijze van procederen (het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) afwijkend systeem van rechtsmiddelen dat wordt gekenmerkt door zeer korte beroepstermijnen. Zo is de beroepstermijn van beschikkingen van de rechter-commissaris vijf dagen (art. 67 en 315). Veel andere beroepstermijnen zijn acht dagen (o.a. art. 8, 9, 10, 15c, 292, 350 en 358a).

Voorts wordt aangenomen dat titel I van de Faillissementswet een gesloten stelsel van rechtsmiddelen bevat.²⁶² Ten aanzien van titel II (surseance van betaling) en titel III (schuldsaneringsregeling) is nadien eveneens gekozen voor een gesloten stelsel van rechtsmiddelen, zie art. 282 (1935) en 360 (1998). Dit wijkt af van het systeem van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

2.5.5 *Oneigenlijke rechtspraak*

Het insolventieprocesrecht betreft niet steeds procedures aangaande een geschil tussen partijen. Veel vaker dan in bijvoorbeeld het burgerlijke procesrecht is sprake is van zogeheten oneigenlijke rechtspraak. Dit is rechtspraak in zaken waarbij geen juridisch geschil aan de orde is.²⁶³ Van oneigenlijke rechtspraak is bijvoorbeeld sprake indien een wijziging in iemands rechtstoestand wordt beoogd, zoals bij ondercuratelestelling of de benoeming van een voogd.

²⁶² Molengraaff-Star Busmann, *De faillissementswet*, 4^e druk 1951, p. 116-117, zie tevens Wessels Insolventie-recht I 2012/1389.

²⁶³ Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 7 en Stein/Rueb 2013, par. 1.3.

Tegenover oneigenlijke rechtspraak staat het begrip eigenlijke, of contentieuze rechtspraak. Hiermee wordt rechtspraak bedoeld waarbij sprake is van het beslechten van een (juridisch) geschil tussen partijen.

Aanvankelijk werd de procedure tot faillietverklaring als oneigenlijke rechtspraak gezien omdat volgens de heersende opinie geen beslissing wordt gegeven in een rechtsgeding tussen partijen, maar al dan niet een algemeen beslag op het vermogen van de gefailleerde wordt uitgesproken. Daarom hoefde de schuldenaar zelf niet gehoord te worden op een verzoek tot zijn of haar faillietverklaring.²⁶⁴

De Hoge Raad heeft in een arrest uit 1912 in voornoemde zin geoordeeld door te beslissen dat tegen een vonnis tot faillietverklaring niet het rechtsmiddel van rekest-civiel (sinds 1 januari 2002: het rechtsmiddel van herroeping) kan worden aangewend.²⁶⁵ De Hoge Raad kwam tot dit oordeel met de redenering dat ‘door een vonnis van faillietverklaring geen geschil omtrent de rechten der gedingvoerende tot oplossing wordt gebracht, maar wordt uitgesproken een algemeen beslag op het vermogen van den faillietverklaarde ten bate van diens gezamenlijke schuldeiser.’ Daarom stond het de rechter vrij de schuldenaar al dan niet te horen en geldt dat hij uitspraak doet op basis van ‘een summier [en] van alle bewijsregels vrij onderzoek’. De Hoge Raad heeft nadien in 1982 echter geoordeeld dat de schuldenaar op wie het verzoek tot faillietverklaring betrekking heeft, steeds moet worden opgeroepen voor de mondelinge behandeling van het faillissementsverzoek.²⁶⁶

Volgens advocaat-generaal Wesseling-van Gent leidt het verzoek tot faillietverklaring een geding in met contentieuze elementen.²⁶⁷ Dit lijkt mij juist. Indien de schuldenaar verweer voert, is sprake van een geschil tussen partijen waarin beslist moet worden. Dit neemt niet weg dat de procedure tot faillietverklaring bijzondere kenmerken vertoont.

De Hoge Raad heeft in een arrest uit 1983 die bijzondere aard van de procedure tot faillietverklaring onder woorden gebracht.²⁶⁸ Daarbij analyseert hij dat de regeling van de Faillissementswet aangaande de behandeling van een verzoek tot faillietverklaring, en de rechtsmiddelen die daartegen kunnen worden aangewend, in verband met de rechtszekerheid en de behoeften van het rechtsverkeer is gericht op een snelle berechting en beslissing terzake de faillietverklaring. Voorts heeft de regeling aangaande de behandeling van een verzoek tot faillietverklaring tevens voor anderen dan partijen (derden) verstrekkende gevolgen en daarom stelt deze voor de wel in de wet geregelde rechtsmiddelen korte termijnen. Deze termijnen gaan in op de dag na de uitspraak waartegen het rechtsmiddel zich richt. Toelating van het rechtsmiddel van request-civiel (thans herroeping) is daarmee niet te verenigen.²⁶⁹ Tevens is

264 Molengraaff 1898, p. 98. Volgens Molengraaff moest de schuldenaar wel gehoord worden als hij tegen faillietverklaring in verzet kwam. In dat geval kon het volgens hem zelfs komen tot een bewijsoverleg door de schuldeiser die het faillissement aanvraagt. Zie Molengraaff 1898, p. 104. De vergelijking met de behandeling van een verzoek tot het leggen van conservatoir beslag, waarbij de schuldenaar evenmin wordt gehoord, dringt zich hier op.

265 HR 14 juni 1912, *W* 9361.

266 HR 29 oktober 1982, *NJ* 1983/196, m.nt. BW.

267 Conclusie AG Wesseling-van Gent voor HR 7 maart 2003, *LJN* AF3076 onder verwijzing naar Polak-Wessels I/1261 met vindplaatsen en Fernhout, ‘Procesrecht in kort geding’, *TvPP* 2010-4, p. 110.

268 HR 9 december 1983, *NJ* 1984/384, m.nt. W.H. Heemskerk.

269 De HR heeft dit oordeel herhaald in HR 7 maart 2003, *LJN* AF3076 (art. 81 RO).

van belang dat de regels van het wettelijk bewijsrecht niet gelden, – waarover hierna meer.

De procedure tot toelating tot de schuldsaneringsregeling ex art. 284/287 betreft evenmin eigenlijke (of: contentieuze) rechtspraak omdat de (belanghebbende) schuldeisers hierbij niet worden betrokken.²⁷⁰ Er is zelfs niet voorgeschreven dat de schuldenaar op het verzoek wordt gehoord. De rechter dient het Wsnp-verzoek te beoordelen aan de hand van de in art. 288 neergelegde criteria. Daarbij staat de schuldenaar centraal en wordt een (moreel getinte) oordeel over zijn financiële handel en wandel geveld. Hoe de insolventierechter dit doet wordt in de volgende paragraaf geanalyseerd. Dat de schuldenaar in het schuldsaneringsrecht centraal staat blijkt uit de wijze waarop procedures tot tussentijdse beëindiging van de schuldsaneringsregeling worden gevoerd. Als de bewindvoerder of rechter-commissaris een dergelijke procedure ‘aanhangig’ maakt, worden de schuldeisers, hoewel art. 350 daarin wel voorziet, (vrijwel) nooit opgeroepen.

Het insolventieprocesrecht kent uiteraard meer procedures dan alleen die van art. 6 en 284/287. Een groot aantal daarvan is oneigenlijk (niet-contentieus) van aard. Bij de beoordeling van een verzoek tot het instellen van een afkoelingsperiode (art. 63a) is bijvoorbeeld geen sprake van een geschil tussen partijen. Het gaat dan om een al dan niet door de rechter te treffen ordemaatregel. Dit geldt eveneens voor het verzoek dat de Wsnp-schuldenaar aan de rechter-commissaris doet, tot verhoging van de beslagvrije voet (art. 295 lid 3) en tot wijziging van de termijn van de schuldsaneringsregeling (art. 349).

Er zijn in de Faillissementswet procedures waarin na de opening van een insolventieprocedure schuldeisers hun stem (kunnen) laten horen ter zake van de afwikkeling van de insolventie. Genoemd kunnen worden de bevoegdheid van schuldeisers bij de rechter-commissaris op te komen tegen een handeling van de curator (art. 69), de rechtbank te verzoeken een schuldsaneringsregeling tussentijds te beëindigen (art. 350) en de rechtbank te vragen een eerder aan een schuldenaar toegekende schone lei te ontnemen (art. 358a). In die procedures worden de curator/bewindvoerder en de gefailleerde of (ex-)schuldenaar opgeroepen dan wel gehoord. Dit betreft derhalve eigenlijke rechtspraak.

Indien sprake is van oneigenlijke rechtspraak dan behoeft de beslissing maar in beperkte mate te worden gemotiveerd. Deze beperkte motiveerplicht is echter geen zelfstandig kenmerk van insolventieprocesrecht.

2.5.6 *Aannemelijke feiten*

Op de vraag hoe en op welke wijze feiten en omstandigheden worden ‘vastgesteld’ geeft de Faillissementswet veelal geen antwoord. Soms is zelfs niet duidelijk welke feiten en omstandigheden überhaupt van belang zijn. Dit geldt met name bij in de wet opgenomen ordemaatregelen. In art. 63a is bijvoorbeeld neergelegd dat de rechter-commissaris of de rechtbank een op

²⁷⁰ In die zin Rb. Rotterdam 19 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2545: de zitting waarop een Wsnp-verzoek wordt behandeld is niet openbaar. De rechtbank mag wel acht slaan op informatie van schuldeisers. Diverse schrijvers gaan uit van een behandeling van het Wsnp-verzoek op een openbare zitting. Zie Dethmers 2005, p. 2 en 28 en Salomons 2008, p., 256 met door laatstgenoemde de kanttekening dat de rechter de deuren kan doen sluiten op grond van art. 27 lid 1 onder c Rv.

verzoek van elke belanghebbende, of ambtshalve, een afkoelingsperiode kan afkondigen, ‘waarin elke bevoegdheid van derden, met uitzondering van boedelschuldeisers, tot verhaal op tot de boedel behorende goederen of tot de opeising van goederen die zich in de macht van de gefailleerde of de curator bevinden niet dan met zijn toestemming kan worden uitgeoefend.’ Uit de wet blijkt niet wanneer en op basis van welke feiten en omstandigheden een dergelijke ordemaatregel kan worden afgekondigd, laat staan hoe relevante feiten en omstandigheden moeten worden ‘vastgesteld’.

Kort samengevat wordt bij het vaststellen van feiten (en omstandigheden) in de dagvaardings- en verzoekschriftprocedure ingevolge het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering eerst nagegaan wie ter zake van de relevante feiten de stelplicht heeft. Indien aan de stelplicht is voldaan, wordt onderzocht of de feiten voldoende zijn betwist. Dit is neergelegd in art. 149 Rv, waarin is bepaald dat de rechter niet of niet voldoende betwiste stellingen als vaststaand moet beschouwen.²⁷¹ Als de gestelde, relevante feiten voldoende zijn betwist dan kan degene op wie de stelplicht (en bewijslast) rust worden toegelaten om die feiten te bewijzen. Daarbij geldt dat de rechter een aanbod tot het leveren van (getuigen) bewijs in beginsel niet kan passeren (art. (284 j° 166 Rv). De rechter is gebonden aan hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten grondslag leggen, tenzij uit de wet anders voortvloeit (art. 24 Rv). Hij mag dus geen feiten aanvullen.

Art. 24, 149 en 166 Rv spelen een centrale rol bij de vaststelling van de feiten en bij de beantwoording van de vraag of nadere bewijslevering aan de orde is. De art. 149 en 166 Rv zijn op grond van art. 284 Rv van overeenkomstige toepassing op verzoekschriftprocedures, maar niet op procedures ingevolge de Faillissementswet. Art. 362 lid 2 sluit de toepasselijkheid van titel 3 immers uit. Art. 24 Rv behoort tot boek 1 afdeling 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. De bepalingen uit deze afdeling gelden voor alle civiele procedures. Aangenomen mag worden dat deze bepalingen, waaronder dus art. 24 Rv, niet gelden voor procedures ingevolge de Faillissementswet.²⁷²

De in de art. 24, 149 en 166 Rv vastgelegde regels en uitgangspunten gelden om andere redenen evenmin in procedures ingevolge de Faillissementswet. Dit zal worden toegelicht aan de hand van drie procedures, te weten de procedures leidende tot een faillissement (op verzoek van een schuldeiser) ex art. 6, de procedure tot toelating tot de schuldsaneringsregeling ex art. 284/287 en die tot tussentijdse beëindiging van die regeling ex art. 350.

a. Art. 6 vermeldt dat de faillietverklaring wordt uitgesproken ‘indien summierlijk blijkt’ dat de schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen, alsook van het vorderingsrecht van degene die het faillissement aanvraagt. Met de term ‘summierlijk blijkt’ wordt tot uitdrukking gebracht dat zowel de vordering van de verzoeker als ‘den toestand’ dat de schuldenaar ‘heeft opgehouden te betalen’ na een kort, eenvoudig onderzoek moet blijken.²⁷³ Voorts is de rechter vrij in de beoordeling van al wat in de

271 Behoudens zijn bevoegdheid bewijs te verlangen indien aanvaarding van de stellingen zou leiden tot een rechtsgevolg dat niet te vrijer bepaling van partijen staat.

272 Zie voorts de hierna te bespreken conclusies van de advocaten-generaal Keus, Langemeijer en Huydecoper.

273 Van der Feltz I, p. 270 en Wessels Insolventierecht I/1209.

procedure ter sprake komt en niet gebonden aan wettige bewijsmiddelen.²⁷⁴ Er is aldus sprake van een aannemelijkheidsoordeel dat tot stand komt na een onderzoek door de insolventierechter. De wetgever heeft hiermee de bewijslast van de aanvragende schuldeiser willen verlichten.²⁷⁵

b. Bij de beoordeling van een Wsnp-verzoek (art. 284/287) gelden drie toelatingseisen (art. 288 lid 1). Het moet voldoende aannemelijk zijn dat daaraan is voldaan. Blijkens de wetsgeschiedenis rust de 'bewijslast' terzake op de verzoeker.²⁷⁶ Met de term 'voldoende aannemelijk' wordt tot uitdrukking gebracht dat er lichtere eisen gelden voor het door de rechter als vaststaand aannemen van bepaalde feiten dan in het geval deze bewezen zouden dienen te worden.²⁷⁷ De regels over bewijslevering zijn volgens het Hof Amsterdam, gelet op art. 362 lid 2, niet van toepassing.²⁷⁸ Advocaat-generaal Spier komt eveneens tot deze conclusie, maar dan omdat de spoedeisende aard van de procedure (ex art. 284 en 287 j° 292 lid 3) met zich brengt dat voor bewijslevering door middel van getuigen geen plaats is.²⁷⁹

De jurisprudentie is op dit punt niet eenduidig. In een arrest uit 2012 wijst het Hof 's-Hertogenbosch een bewijsaanbod van de verzoeker (schuldenaar) onder verwijzing naar art. 284 Rv af, omdat verzoek mondeling was gedaan en onvoldoende was gespecificeerd.²⁸⁰ In een zaak waarin het Wsnp-verzoek was afgewezen concludeert advocaat-generaal Strikwerda dat het bewijsaanbod in casu moet worden gepasseerd als zijnde te vaag.²⁸¹ Uit het genoemde arrest van het Hof 's-Hertogenbosch en deze conclusie van Strikwerda zou kunnen worden afgeleid dat bewijslevering door middel van getuigen in procedures tot toelating tot de schuldsaneringsregeling mogelijk is en dat de rechter op een aanbod daartoe zou moeten ingaan. Toch is deze gevolgtrekking ongegrond. Uit de wet blijkt voldoende duidelijk dat de procedure van art. 284 spoedeisend van aard is. In art. 287 is immers bepaald dat de rechtbank met de meeste spoed uitspraak moet doen op het verzoekschrift. Indien het Wsnp-verzoek wordt afgewezen, dient een eventueel hoger beroep daarom binnen acht dagen te worden ingesteld. De voorzitter van het gerechtshof dient terstond dag en uur van de behandeling van het hoger beroep te bepalen, die binnen twintig dagen na indiening moet plaatsvinden. Het hof moet binnen acht dagen na deze behandeling uitspraak doen (art. 292 lid 4). Zeker in relatie tot de (gebruikelijke) termijnen in de verzoekschriftprocedure van titel 3 zijn dit zeer korte termijnen. Bewijslevering door middel van getuigen (of een deskundigenbericht) is niet te verenigen met het spoedeisende karakter van deze procedure.²⁸² Om die redenen heeft de wetgever in art. 362 lid 2 de toepassing van titel 3 (ook) op deze procedure uitgesloten.

²⁷⁴ Wessels Insolventierecht I/1206 en 1208.

²⁷⁵ Van der Feltz I, p. 270. Voor kritiek hierop, zie R.J. van Galen, 'Enkele procedurele opmerkingen over het faillissement', *WPNR* 2001, 6463.

²⁷⁶ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 942, nr. 3, p. 13, 15 en 19. Zie Wessels Insolventierecht IX/9066m.

²⁷⁷ Zie Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 199.

²⁷⁸ Hof Amsterdam 3 mei 2012, *LJN* BX3117.

²⁷⁹ Conclusie AG Spier voor HR 22 december 2006, *LJN* AZ3953.

²⁸⁰ Hof 's-Hertogenbosch 7 februari 2012, *LJN* BV3503.

²⁸¹ Conclusie AG Strikwerda voor HR 19 maart 2004, *LJN* AO1994.

²⁸² In deze zin oordeelde, zij het subsidiair, het Hof Arnhem (10 juli 2008, *LJN* BD6836), toen een aanbod van een schuldeiser om wanbeleid van een Wsnp-verzoeker te bewijzen, werd afgewezen. In gelijke zin de conclusie van de AG voor HR 22 december 2006, *LJN* AZ3952.

De bewijslast, oftewel de last om de relevante feiten aannemelijk te maken, ligt bij de verzoeker. De wet schrijft voor welke informatie de verzoeker bij het Wsnp-verzoek moet geven. Deze informatie sluit echter niet aan op de in art. 288 neergelegde toelatingseisen (lid 1) en (imperatieve) weigeringsgronden (lid 2). Daarom worden in art. 3.1.2.6 Procesreglement insolventiezaken nadere eisen gesteld, zoals het overleggen van een specificatie van belastingschulden en (indien van toepassing) jaarstukken van de laatste drie jaar. Daarnaast zal de rechter aan de hand van de gegeven informatie actief nagaan of aan de in art. 288 neergelegde eisen is voldaan en of de weigeringsgronden zich voordoen. Eén van die weigeringsgronden stelt – kort gezegd – dat de verzoeker niet minder dan tien jaar tevoren in de schuldsaneringsregeling mag hebben gezeten. Het is bekend dat de rechter hiernaar ambtshalve onderzoek verricht door in registers na te gaan of dit het geval is. Een andere weigeringsgrond bepaalt dat de poging tot een minnelijke schuldregeling door in de wet genoemde personen of instellingen moet zijn uitgevoerd. Hierop lijkt de rechter actief controle uit te oefenen.²⁸³ De belangrijkste weigeringsgrond doet zich voor indien de verzoeker niet te goeder trouw is ten aanzien van het ontstaan of onbetaald laten van zijn schulden. Er zijn rechtbanken die daarom ambtshalve bij het CJIB opvragen of (en zo ja, welke) openstaande boetes de schuldenaar heeft.²⁸⁴

Deze actieve houding van de insolventierechter gaat in het algemeen gesproken nog verder. Op een toelatingszitting zal hij op grond van de bij het Wsnp-verzoek gevoegde informatie nadere vragen stellen. Indien er bijvoorbeeld op de schuldenlijst een schuld aan de belastingdienst of de Sociale Dienst staat dan zal hij vragen waar deze betrekking op heeft en hoe en wanneer deze is ontstaan. Dit zal hij ook doen als er bijvoorbeeld schulden aan meerdere telecombedrijven op staan.

c. De advocaten-generaal bij de Hoge Raad Langemeijer, Keus en Huydecoper hebben zich in 2007 in drie conclusies uitgelaten over de vaststelling van feiten en omstandigheden in de derde procedure, te weten die tot tussentijdse beëindiging van de schuldsaneringsregeling (art. 350).

Langemeijer schrijft in zijn conclusie dat het in cassatie gedane beroep op het beginsel van de partijautonomie faalt.²⁸⁵ De bepaling van art. 24 Rv geldt hier volgens hem niet, omdat uit de wet anders voortvloeit. De rechter kan immers, aldus de advocaat-generaal, eventueel ambtshalve vaststellen dat er gronden zijn voor een tussentijdse beëindiging van de toepassing van de schuldsaneringsregeling – zie art. 350 lid 1. Waar het gaat om het beoordelen van de geloofwaardigheid van tot bewijs overgelegde bescheiden heeft de rechter volgens hem een eigen, zelfstandige taak.

Keus liet zich in een conclusie in 2007 eveneens uit over de vraag of art. 24 Rv van toepassing is in een procedure tot tussentijdse beëindiging van een schuldsaneringsregeling (art. 350).²⁸⁶ Hij meent dat art. 24 Rv niet van toepassing is, omdat uit de wet anders voortvloeit en verwijst daarbij naar

283 Rb. Arnhem 4 februari 2008, *LJN* BC5512 en 21 oktober 2010, *LJN* BP1043 en Rb. 's-Gravenhage 12 mei 2011, *LJN* BQ4477.

284 De wettelijke grondslag hiervoor wordt gevonden in art. 8 Wet justitiële documentatie en de daarop gegeven toelichting in *Kamerstukken II*, 1999/00, 24797, nr. 8, p. 17.

285 Conclusie voor HR 13 april 2007, *LJN* AZ8850.

286 Conclusie voor HR 13 juli 2007, *LJN* BA9462.

voornoemde conclusie van Langemeijer.²⁸⁷ Art. 149 j° 284 Rv is, aldus Keus, niet van toepassing vanwege de uitsluiting in art. 362 lid 2.²⁸⁸ De procedure van art. 350 verschilt volgens de advocaat-generaal van contentieuze procedures waarvoor de bewijsregel van art. 149 Rv is geschreven. Hij wijst er daarbij op dat de toepassing van de schuldsaneringsregeling op voordracht van de rechter-commissaris of ambtshalve kan worden beëindigd en dat er dan in de procedure geen wederpartij is die stellingen kan betwisten. In een tweede conclusie uit 2007 stelt Keus wederom dat art. 149 Rv niet van toepassing is in een procedure tot tussentijdse beëindiging van een schuldsaneringsregeling (art. 350). De rechter is, aldus Keus, in een procedure ex art. 350 niet zonder meer gehouden niet of niet voldoende betwiste stellingen als vaststaand aan te nemen.²⁸⁹

Huydecoper heeft in zijn conclusie voor een arrest van de Hoge Raad (in een procedure ex art. 350) gesteld dat art. 284 j° 166 Rv niet geldt in procedures op grond van de Faillissementswet, zodat de insolventierechter vrij is in de beoordeling van een bewijsaanbod.²⁹⁰ Dit vormt volgens hem geen schending van een fundamenteel beginsel van procesrecht. Ter onderbouwing verwijst hij naar twee uitspraken van de Hoge Raad betreffende procedures tot ontbinding van een arbeidsovereenkomst (art. 7:685 BW). Daarin heeft de Hoge Raad overwogen en beslist dat deze ontbindingsprocedure een eenvoudige, op een spoedige beslissing gerichte verzoekschriftprocedure is, waarin de rechter beslist zonder aan de wettelijke bewijsregels te zijn gebonden. Daarom kan in beginsel zonder het houden van getuigenverhoren op het verzoek worden beslist.

Uit het voorgaande blijkt, zoals reeds aangegeven, dat feiten en omstandigheden in het insolventieprocesrecht niet op klassieke wijze worden vastgesteld. Maar de regels rondom stelplicht en bewijslast zijn daarmee niet geheel zonder betekenis. Degene die tot de schuldsaneringsregeling wil worden toegelaten zal aannemelijk moeten maken dat hij aan de voorwaarden voor toelating voldoet. En als hij zich verweert tegen een voordracht tot tussentijdse beëindiging zal hij daar inhoudelijk op moeten reageren. Dit blijkt uit een uitspraak van het Hof Amsterdam uit 2006.²⁹¹ Het hof overweegt daarin dat het op de weg van de schuldenaar lag om bepaalde feiten en omstandigheden met bewijsstukken te 'ontzenuwen'. Het hof rekende het de schuldenaar aan dat hij had geweigerd mee te werken aan het doen horen, althans traceren van een getuige die ontlastende verklaringen had kunnen afleggen.

Het insolventieprocesrecht legt in het algemeen dus geen verplichting aan de rechter op om een aanbod van getuigenbewijs te honoreren. De rechter-commissaris kan in faillissementen of schuldsaneringsregelingen getuigen horen op grond van art. 314 lid 2 j° 66. Het horen van getuigen door de rechter-commissaris ex art. 66 heeft een ander karakter dan het horen van getuigen in het

287 Keus wijst er – min of meer ten overvloede – op dat art. 24 Rv niet bepaalt dat onweersproken feiten als vaststaand moeten worden aangenomen.

288 Overigens staat art. 149 lid 1 Rv volgens Keus de rechter toe om tevens van niet of niet voldoende betwiste feiten bewijs te verlangen zo vaak aanvaarding van de betrokken stellingen zou leiden tot een rechtsgevolg dat niet te vrijer bepaling van partijen staat.

289 Conclusie voor HR 14 september 2007, *LJN* BA7636.

290 Conclusie voor HR 5 oktober 2007, *LJN* BB3678.

291 Hof Amsterdam, 12 december 2006, *LJN* BA2964.

kader van een dagvaardings- of verzoekschriftprocedure.²⁹² De Hoge Raad heeft dit in een arrest uit 2006 aldus verwoord: ‘Dit verhoor vindt niet plaats in het kader van een geschil tussen partijen dat voorwerp is van een aanhangige of mogelijk aanhangig te maken procedure en is niet gericht op het verkrijgen van bewijs in een dergelijke procedure. Het dient er daarentegen toe de rechter-commissaris – en met hem de curator – door het horen van getuigen in staat te stellen terzake alle omstandigheden die het faillissement betreffen opheldering te verkrijgen. Van een “wederpartij” is geen sprake.’²⁹³ De Hoge Raad heeft er in dit arrest voorts op gewezen dat aan de verklaringen die door de getuigen ten overstaan van de rechter-commissaris zijn afgelegd, niet de bewijskracht toe komt die art. 192 Rv toekent aan getuigenverklaringen die in een voorlopig getuigenverhoor zijn afgelegd. De rechten van iemand die ten aanzien van bewijslevering in een eventuele latere procedure als derde kwalificeert, worden daarom niet door het verhoor op grond van art. 66 geraakt.²⁹⁴

De conclusie is dat in procedures ingevolge de Faillissementswet de feiten niet op klassieke wijze worden vastgesteld, ongeacht de vraag of in een geschil tussen partijen (eigenlijke rechtspraak) beslist wordt of dat sprake is van een beslissing die het karakter van een ordemaatregel heeft. De rechter behoeft niet in te gaan op een aanbod tot het horen van getuigen. Hij is er niet zonder meer toe gehouden niet (voldoende) betwiste feiten als vaststaand aan te nemen. En hij kan zich aangaande de relevante feiten en omstandigheden actief opstellen.

2.5.7 *De rechter als toezichthouder, ordehandhaver en als onderzoeksrechter*

In het insolventieprocesrecht is de rechter naast geschillenbeslechter tevens toezichthouder, ordehandhaver en organisator. In dit kader zijn hem ambtshalve uit te oefenen bevoegdheden toegekend. Deze voor de rechter a-typische taken worden hierna beschrijven. Tot slot zal worden betoogd dat de insolventierechter soms als onderzoeksrechter optreedt.

In elk faillissement en in elke schuldsaneringsregeling benoemt de rechtbank een van haar leden tot rechter-commissaris (art. 14 en 287). Dit lid van de rechtbank heeft als hoofdtaak het houden van toezicht op het beheer van de boedel en de afwikkeling van het faillissement of de schuldsaneringsregeling door curator of bewindvoerder (art. 64 en 314). Aan de rechter-commissaris is daartoe in de Faillissementswet een aantal bevoegdheden toegekend. De belangrijkste is dat de curator of bewindvoerder in een groot aantal gevallen zijn machtiging, goedkeuring of toestemming nodig heeft.²⁹⁵

De rechter-commissaris heeft tevens organisatorische, bemiddelende en voorlichtende taken. Zo bepaalt hij in een aantal gevallen de dag van zittingen

292 B. Wessels, ‘Het horen van getuigen in het insolventierecht’, in: B. Wessels, *Insolventierechtelijke incidenten*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 53-60. Zie R.J. van Galen, ‘Enkele procedurele opmerkingen over het faillissement’, *WPNR* 2001, 6463.

293 HR 6 oktober 2006, *LJN* AX8295.

294 Uit een arrest van de Hoge Raad van 29 april 2011 blijkt dat de rechter-commissaris in een schuldsaneringsregeling drie getuigen had gehoord (betreffende mogelijke verzwegen inkomsten van de schuldenaar), zie HR 29 april 2011, *LJN* BQ0713.

295 Van der Feltz II, p. 2.

van de rechtbank in het faillissement of de schuldsaneringsregeling. Bijvoorbeeld de dag waarop de rechtbank de homologatie van een aangenomen akkoord behandelt (art. 150 en 335) of het verzet tegen een uitdelingslijst (art. 349 lid 5 j° 185). Daarnaast heeft hij een bemiddelende taak in geval er meer dan één curator in het faillissement is benoemd en de stemmen staken (art. 70), of als de curator een ter verificatie ingediende vordering betwist (art. 328 j° 122). Een voorbeeld van de voorlichtende taak is dat hij schriftelijk rapport uitbrengt aan de rechtbank bij de homologatie van een akkoord (art. 152 lid 1 en 337 lid 1) en bij de behandeling van verzet tegen een uitdelingslijst (art. 185 lid 2). Voorts kan hij een voordracht bij de rechtbank doen, bijvoorbeeld voor de opheffing van een faillissement wegens gebrek aan baten (art. 16), tot ontslag van een curator (art. 74) of tot het in verzekerde bewaring stellen van een gefailleerde (art. 87).

Volgens Wessels zijn de beschikkingen die de rechter-commissaris kan geven (insolventie)procesrechtelijk, vermogensrechtelijk of gemengd van aard.²⁹⁶ Van vermogensrechtelijke aard zijn bijvoorbeeld de beslissing van de rechter-commissaris omtrent de vraag welke inkomsten van de gefailleerde aan hem toekomen (art. 21 aanhef onder 2), wat de hoogte is van het voor de schuldenaar vrij te laten deel van zijn inkomen (art. 295) en of (de afkoopsom van) een levensverzekering ter beschikking van de gefailleerde of schuldenaar blijft (art. 22a j° 295 lid 6). Ook het instellen van een afkoelingsperiode ex art. (313 j°) 63a heeft vermogensrechtelijke gevolgen (voor derden).

Opvallend is dat de rechter-commissaris deze bevoegdheden veelal ambtshalve kan uitoefenen, hetgeen zich minder goed verhoudt met zijn hoofdtaak: het houden van toezicht op het beheer van de boedel en de afwikkeling van het faillissement of de schuldsaneringsregeling. Te wijzen valt op de bevoegdheid om de rechtbank te vragen een schuldsaneringsregeling tussentijds te beëindigen en op de bevoegdheid om vast te stellen dat een insolventieakkoord is aangenomen (art. 146 en 332 lid 4).

De rechtbank kan eveneens ambtshalve beslissingen nemen. Zo kan de rechtbank ambtshalve beslissen tot tussentijdse beëindiging van een schuldsaneringsregeling (art. 350). De rechtbank is daarbij niet verplicht naast de schuldenaar tevens de schuldeisers en/of de bewindvoerder op te roepen.²⁹⁷ Art. 350 lid 2, tweede zin, bepaalt immers dat '[zij tevens] schuldeiser en de bewindvoerder (...) [kan] oproepen.' Voorts kan de rechtbank ambtshalve een surseance van betaling intrekken (art. 242).

De vraag rijst wat dan de taakverdeling tussen rechter-commissaris en rechtbank is. De bedoeling van de wetgever is dat de rechter-commissaris het soort beslissingen neemt waarmee de rechtbank niet dan met groot bezwaar zou kunnen worden belast. Die verdeling van taken en bevoegdheden heeft dus te maken met het streven naar efficiënte besluitvorming, ter ontlasting van de rechtbank.²⁹⁸ Bijzonder is voorts dat de rechtbank hoger beroep van beschikkingen van een medelid van zichzelf behandelt, te weten de rechter-commissaris.

²⁹⁶ Wessels Insolventierecht IV 2010/4021 e.v.

²⁹⁷ Wessels vindt het onlogisch en onpraktisch dat de rechtbank niet is verplicht de bewindvoerder op te roepen. Wessels Insolventierecht IX/9375.

²⁹⁸ Van der Feltz II, p. 44.

De ambtshalve uitoefening van bevoegdheden door de rechter(-commissaris) zit blijkbaar zo diep in de vezels van de Faillissementswet dat de wetgever het wenselijk achtte in art. 288 lid 5 te bepalen dat de schuldenaar bij afwijzing van een Wsnp-verzoek niet ambtshalve in staat van faillissement verklaard kan worden.

Waarom de wetgever de rechter en de rechter-commissaris in de Faillissementswet ambtshalve uit te oefenen bevoegdheden heeft toegekend, blijkt niet uit de wetsgeschiedenis en evenmin uit de literatuur. Wordt de curator of bewindvoerder, die ten slotte belast is met de afwikkeling en het verloop van de insolventie, op dit punt niet vertrouwd? Of meent de wetgever dat het van openbaar belang is dat de insolventieprocedure op juiste en snelle wijze wordt afgewikkeld, en is daarom de rechterlijke macht daarmee mede belast? In de praktijk maakt de rechter(-commissaris) veelvuldig gebruik van de hem toegekende, ambtshalve uit te oefenen bevoegdheden, zonder dat de (belanghebbende) schuldeisers daarbij worden betrokken.

De insolventierechter (rechter-commissaris) kan in sommige opzichten tevens als onderzoeksrechter worden gezien. Zo kan de rechter-commissaris op grond van art. 66 getuigen horen en deskundigen benoemen, ter opheldering van alle omstandigheden die het faillissement betreffen. Deze bepaling is eveneens van toepassing in schuldsaneringsregelingen. Daarnaast kan de rechter-commissaris zelf onderzoek doen naar relevante feiten en omstandigheden, al is dit enigszins afhankelijk van zijn taakinfilling. In de praktijk krijgt de rechter-commissaris namelijk regelmatig informatie van de curator of bewindvoerder (of derden). De ontvangen informatie is echter niet altijd concreet of duidelijk. In dergelijke situatie is de rechter-commissaris bevoegd de curator of bewindvoerder te vragen nader onderzoek te doen en/of de gefailleerde of schuldenaar nader over deze vermoedens te ondervragen, om zo te achterhalen wat er 'aan de hand' is. In de vorige paragraaf is gebleken dat een dergelijke attitude tevens bij de insolventierechter die een Wsnp-verzoek beoordeelt valt waar te nemen, indien uit de stukken blijkt van mogelijke afwijzingsgronden. Waarheidsvinding en (het maatschappelijk belang dat is gemoeid met) het bestrijden van bijvoorbeeld fraude, of het oneigenlijk gebruik van de schuldsaneringsregeling, verklaren deze taakopvatting. Deze thema's zijn in het burgerlijk procesrecht eveneens actueel.

2.5.8 *Insolventie(proces)recht: burgerlijk (proces)recht in het algemeen belang*

In het insolventierecht spelen, anders dan men op het eerste gezicht zou denken, niet alleen de belangen van de schuldeisers en de schuldenaar (gefailleerde) een rol. Het algemeen of openbaar belang (ook wel maatschappelijk belang genoemd) kan of moet soms tevens betrokken worden bij de beslissing tot opening van een insolventie, evenals bij de afwikkeling ervan. Dit heeft gevolgen voor, of komt tot uitdrukking in, het insolventieprocesrecht. Hierna zal eerst de rol van het openbaar of maatschappelijk belang bij de opening van een insolventieprocedure (het faillissement en de schuldsaneringsregeling) worden besproken. Daarna wordt de rol van dit belang bij de afwikkeling van faillissementen en van schuldsaneringsregelingen belicht.

Een insolventieprocedure kan niet alleen op verzoek van een schuldenaar of een schuldeiser worden geopend. Ook de officier van justitie kan, om redenen van openbaar belang, een faillissementsaanvraag indienen (art. 1 lid 2).²⁹⁹ Voorts kan een schuldsaneringsregeling door B&W worden aangevraagd (art. 284 lid 4).³⁰⁰ Uit deze bepalingen blijkt dat opening van een insolventieprocedure wegens het algemeen of openbaar belang nodig kan zijn.

Art. 1 lid 2 valt wellicht terug te voeren op het van oudsher strafrechtelijke karakter van het faillissement.³⁰¹ Art. 284 lid 4 valt te verklaren uit het maatschappelijke belang dat met het oplossen van problematische schulden van particuliere schuldenaren is gemoeid.³⁰²

Het bevorderen van een oplossing voor dergelijke schulden wordt als een taak van de overheid gezien. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de Wet Gemeentelijke Schuldhelpverlening.³⁰³ Dat de overheid zich deze taak aantrekt ligt voor de hand, want de maatschappelijke kosten van problematische schulden van de (Nederlandse) burger zijn hoog. Denk aan bijvoorbeeld de maatschappelijke kosten van sociale uitsluiting. Wel is het zo dat de belangen van de schuldeisers volgens de wetgever zijn verdisconteerd in de toelatingscriteria van art. 288.³⁰⁴ Dit zou betekenen dat via deze criteria een belangafweging plaatsvindt. De wetgever heeft zich beperkt tot een mededeling van die strekking maar nagelaten deze toe te lichten of uit te werken.³⁰⁵ Zonder een nadere toelichting is de kwestie niet duidelijk, te meer daar de toelatingscriteria verschillend van aard zijn. Het belangrijkste criterium, te weten de goede trouw, is meer als een bij de toelating te hanteren financiële gedragsmaatstaf te zien dan als een uiting van de belangen van de schuldeisers.³⁰⁶

Bij de afwikkeling van faillissementen kan het maatschappelijk belang eveneens een rol spelen. De Hoge Raad heeft dit in enkele arresten beslist.³⁰⁷ Uit deze rechtspraak kan worden afgeleid dat de curator bij de afwikkeling van het faillissement rekening behoort te houden met belangen van maatschappelijke aard, zoals de continuïteit van de onderneming en het behoud van werkgelegenheid voor de werknemers in de onderneming van de gefailleerde. De vraag of en wanneer deze (of andere) maatschappelijke belangen zwaarder wegen dan die van individuele schuldeisers is in de rechtsliteratuur onderwerp van voortdurend debat.³⁰⁸ Het past niet in het kader van dit onderzoek om daar uitgebreid op in te

299 Voor twee recente (mislukte) pogingen van het Openbaar Ministerie zie Rb. Utrecht 11 september 2012, *LJN* BX7665 en Rb. Gelderland 11 maart 2014, *ECLI:NL:RBGEL:2014:2074*.

300 In het verlengde hiervan ligt de in art. 5 Wet Gemeentelijke Schuldhelpverlening aan B&W toegekende bevoegdheid om een breed moratorium hangende het minnelijke traject aan de rechtbank te vragen.

301 Noordam 2008, p. 139 e.v.

302 Dit blijkt uit de financiering van de afwikkeling van schuldsaneringsregelingen door de overheid. Zij subsidieert, via de Raad voor Rechtsbijstand te 's-Hertogenbosch, de kosten van bewindvoering en het toezicht op en regelgeving betreffende de kwaliteit van Wsnp-bewindvoerders.

303 Zie nader par. 2.5.2.

304 Zie *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 37.

305 Zie ook Noordam, diss. 2007, p. 226.

306 Dat het om een gedragsmaatstaf gaat blijkt uit *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, blz. 37. Zie ook, onder meer: HR 12 mei 2000, *LJN* AA5776, NJ 2000/567 m. nt. PvS en HR 24 december 2004, *LJN* AR6026, NJ 2005/129.

307 HR 24 februari 1995, *NJ* 1996/472 m.nt. WMK (Sigmacom II), HR 9 april 1996, *NJ* 1996/727, m.nt. W.M. Kleijn (Maclou) en HR 19 december 2003, *LJN* AN7817, *NJ* 2004/293 m.nt. P. van Schilfgaarde (Mobell/Interplan).

308 Zie bijvoorbeeld Van der AA, diss. 2007, p. 25 e.v. en B. Wessels, 'Belangenstrijd in het insolventierecht', rede in verkorte vorm uitgesproken op 22 februari 2008 bij het afscheid als hoogleraar privaatrecht aan de Juridische Faculteit van de Vrije Universiteit Amsterdam. De tekst is te vinden op www.dare.uvu.vu.nl.

gaan. De erkenning van het maatschappelijk belang bij de afwikkeling van faillissementen heeft overigens geen gevolgen voor het insolventieprocesrecht.

Het insolventierecht kan op het terrein van het strafrecht komen. Dit blijkt uit de rol die de wetgever bij de bestrijding van faillissementsfraude ziet weggelegd voor de curator. Veel rechters-commissarissen menen reeds dat het de plicht van de curator is bij de politie aangifte te doen van in het faillissement geconstateerde fraude. De minister overweegt fraudebestrijding tot wettelijke taak van de curator te maken.³⁰⁹ De taak die de minister aan de curator toedicht in het wetsvoorstel dat het mogelijk maakt aan bestuurders een zogeheten bestuursverbod op te leggen ligt in het verlengde van deze tendens.³¹⁰ Volgens dit wetsvoorstel kan door de rechtbank aan bestuurders van rechtspersonen een bestuursverbod worden opgelegd indien zij zich tijdens of in de drie jaar voorafgaand aan een faillissement schuldig maken aan kennelijk onbehoorlijk bestuur. Dit verbod kan niet alleen op verzoek van het openbaar ministerie worden opgelegd, maar ook op vordering van de curator. Hieruit blijkt dat het openbaar belang invloed kan hebben (althans krijgen) op bij de afwikkeling van een insolventie (faillissement) geldende wettelijke bepalingen. Overigens is er veel kritiek op dit wetsvoorstel; juist omdat men meent dat de curator slechts de belangen van de schuldeisers dient te behartigen.³¹¹

De rol van het algemeen belang bij de afwikkeling van (wettelijke) schuldsaneringsregelingen is niet terug te vinden in bepalingen van procesrechtelijke aard en evenmin in jurisprudentie. Deze blijkt wel uit de wetsgeschiedenis van het in art. 288 neergelegde toelatingscriterium, dat voorschrijft dat de verzoeker aannemelijk moet maken dat hij te goeder trouw is ten aanzien van het ontstaan en onbetaald laten van zijn schulden (art. 288 lid 1 onder b). In het verlengde daarvan blijkt de rol van het maatschappelijk belang uit de wijze waarop de rechter(-commissaris) zijn bevoegdheden uitoefent.

Blijkens de wetsgeschiedenis van art. 288 gaat het er bij de toetsing van die goede trouw om dat misbruik van de schuldsaneringsregeling wordt voorkomen en daarmee het maatschappelijk draagvlak voor de schuldsaneringsregeling behouden blijft.³¹² Hieruit kan worden afgeleid dat niet zozeer de belangen van de schuldeisers doorslaggevend zijn bij de beoordeling van een Wsnp-verzoek (op dit punt), maar dat het meer gaat om het algemeen belang dat een door de overheid geïntroduceerde en deels door haar gesubsidieerde mogelijkheid om ‘financiële gratie’ te verkrijgen niet wordt misbruikt.³¹³ Dit verklaart de wijze waarop de rechter Wsnp-verzoeken beoordeelt, te weten door de relevante

309 De minister heeft in februari 2014 een voorontwerp tot wijziging van de Faillissementswet gepubliceerd. Daarin wordt de curator verplicht geconstateerde onregelmatigheden bij de rechter-commissaris te melden. Zie www.rijksoverheid.nl.

310 Het wetsvoorstel Wet civielrechtelijk bestuursverbod is in juni 2014 voor advies naar de raad van State gezonden. De concept tekst is te vinden op www.internetconsultaties.nl.

311 Zie de opmerkingen Insolad bij het concept-wetsvoorstel d.d. 19 november 2013, p. 3 (<http://static.basenet.nl/cms/105928/website/reactie-insolad-op-voorontwerp-bestuursverbod.pdf>), zie voorts B. Wessels, ‘Een blik op de toekomst van schuldsaneringsbewindvoering in Nederland’, *WP* 2014/2, p. 26.

312 Zie *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 12-14 (voor komen misbruik) en *Kamerstukken II* 2005/06, 29 942, nr. 3, p. 2 (maatschappelijk draagvlak). Het maatschappelijk draagvlak voor de schuldsaneringsregeling werd bijvoorbeeld uitdrukkelijk in de overwegingen betrokken door Hof Amsterdam 25 januari 2000, *LJN* AE9563.

313 De overheid vergoedt een deel van de kosten van de bewindvoerder, zie Stb. 2013, 308 (Besluit vergoeding bewindvoerder schuldsanering). In dit verband zij tevens gewezen op de kosten van het gerechtelijk apparaat (rechtbank, rechter-commissaris en ondersteuning).

feiten en omstandigheden deels ambtshalve op te vragen en voorts ter zitting daarover nadere vragen te stellen. Dit is beschreven in par. 2.5.6.

Het algemeen of openbaar belang is bovendien zichtbaar in de wijze waarop de procedure tot tussentijdse beëindiging van een schuldsaneringsregeling in de praktijk vorm krijgt. Waar de bewindvoerder de eerst aangewezen functionaris is om een verzoek tot tussentijdse beëindiging te doen, is het geregeld de rechter-commissaris die daartoe ambtshalve naar aanleiding van een bericht van de bewindvoerder overgaat.³¹⁴ De rechter-commissaris beschouwt het daarmee als zijn taak om het niet-nakomen van verplichtingen door de schuldenaar die volgens hem moeten leiden tot beëindiging van die regeling (zonder toekenning van de schone lei) aan de rechtbank voor te leggen. Hierin klinkt het algemeen of openbaar belang bij controle op het nakomen van die verplichtingen door.

Indien een voordracht tot tussentijdse beëindiging is gedaan dan worden de schuldeisers, hoewel art. 350 daarin wel voorziet, vrijwel nooit opgeroepen terwijl zij toch als belanghebbenden zijn aan te merken. De vraag of tot tussentijdse beëindiging moet worden besloten speelt zich dus niet af aan de hand van een debat tussen betrokken partijen (te weten de schuldenaar en diens schuldeisers), maar wordt geregeld beantwoord naar aanleiding van een door een overheidsfunctionaris (de rechter-commissaris) aan een collega (de rechtbank) gedane melding.

Wellicht verklaart dit waarom er in de jurisprudentie diverse uitspraken te vinden zijn waarin de rechter bij de beslissing op het verzoek of de voordracht tot tussentijdse beëindiging het beginsel van hoor en wederhoor schendt. De schending van dit hoofdbeginsel bestaat in die gevallen daarin dat de rechter zijn beslissing mede baseert op informatie die na de zitting (mondelinge behandeling van het verzoek of de voordracht) van de bewindvoerder wordt ontvangen of anderszins niet bekend was bij de schuldenaar.³¹⁵ Soms gaat het om informatie die evenmin bekend was bij de bewindvoerder zelf.³¹⁶

De wijze waarop de procedure van art. 350 in de praktijk wordt gevoerd bevestigt niet alleen dat de schuldenaar in het schuldsaneringsrecht centraal staat, maar vormt tevens een aanwijzing dat veel gewicht wordt toegekend aan de overweging van algemeen belang die wil dat geen misbruik wordt gemaakt van de schuldsaneringsregeling bij beslissingen op verzoeken of voordrachten tot tussentijdse beëindiging.

2.5.9 *Welke rol speelt het beginsel van hoor en wederhoor in het insolventieprocesrecht?*

Volgens de regels van het ‘gewone’ burgerlijk procesrecht (titel 3) wordt een verzoekschrift in beginsel ter zitting behandeld, wordt de belanghebbende daarvoor opgeroepen en is deze zitting (art. 27 Rv) openbaar. Mondelinge behandeling en dus oproeping van belanghebbenden blijft slechts achterwege als

314 Het is niet bekend in welk percentage van de zaken de voordracht door de rechter-commissaris in plaats van de bewindvoerder wordt gedaan.

315 Zie bijvoorbeeld. HR 20 april 2007, *LJN* AZ7625, Hof Amsterdam 22 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2702 en Hof Arnhem-Leeuwarden 7 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6260.

316 HR 9 november 20012, *LJN* BX5882, *NJ* 2012/637.

de rechter zich direct onbevoegd verklaard of het verzoek toewijst (art. 279 lid 1 Rv).

In het insolventieprocesrecht worden belanghebbenden niet steeds opgeroepen om te worden gehoord. Dit is enerzijds verklaarbaar door de spoedeisendheid van zaken en anderzijds door het gegeven dat een aantal beslissingen het karakter van een ordemaatregel heeft. Het beginsel van hoor en wederhoor vervult aldus een minder prominente rol dan in het burgerlijk procesrecht.

De Hoge Raad heeft echter reeds in de jaren tachtig van de vorige eeuw geoordeeld dat een verzoek tot faillietverklaring een procedure is die onder het bereik van art. 6 EVRM valt.³¹⁷ In deze verdragsbepaling is vastgelegd dat een ieder bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling ('fair (...) hearing') van zijn zaak. Vaste rechtspraak van het EHRM is dat een 'fair hearing' het recht op 'adversarial proceedings' omvat. Een 'adversarial proceeding' houdt in dat de in rechte betrokken partijen kennis kunnen nemen van, en zich kunnen uitlaten over, alle gegevens en bescheiden die in het geding worden gebracht.³¹⁸

Een procedure tot toepassing van de schuldsaneringsregeling valt, gelet op het voorgaande, onder het bereik van art. 6 EVRM. De vermogensrechtelijke gevolgen zijn bij toelating tot de schuldsaneringsregeling immers vergelijkbaar met die van een faillietverklaring.

Bij deze beide procedures tot opening van een insolventieprocedure worden (derde-) belanghebbenden echter niet gehoord. Schuldeisers worden evenmin gehoord bij de behandeling van een verzoek tot faillietverklaring van de schuldenaar zelf (eigen aangifte genaamd) of een verzoek tot voorlopige surseance van betaling. Wel is het zo dat werknemers een aparte beroepsmogelijkheid hebben (art. 13a en 67 lid 2) en dat de schuldeisers het recht van verzet toekomt (art. 10) in het geval een werkgever respectievelijk schuldenaar in staat van faillissement is verklaard. In procedures tot opening van een insolventie wordt aldus in de praktijk beperkt invulling gegeven aan het beginsel van hoor en wederhoor.

Er is enige jurisprudentie van de Hoge Raad over het beginsel van hoor en wederhoor tijdens een insolventieprocedure.

Allereerst is er een arrest van ons hoogste rechtscollege uit 1999 betreffende de vaststelling van het salaris van de curator.³¹⁹ In die zaak had de rechtbank het salaris van de curator lager vastgesteld dan door deze zelf was voorgesteld, zonder hem te horen. De Hoge Raad achtte het niet juist dat de curator niet was gehoord en vernietigde de beschikking van de rechtbank. De Hoge Raad nam daarbij in aanmerking dat 'de belangen van de curator rechtstreeks zijn betrokken bij de vaststelling van het salaris waarop hij meent recht te hebben' (r.o. 3.2). Hier staat tegenover dat de Hoge Raad bij de vaststelling van het salaris van de curator geen hoorplicht ten aanzien van de gefailleerde aanneemt, terwijl deze in beginsel eveneens belanghebbende is.³²⁰

317 HR 26 juni 1981, *NJ* 1982/450, m.nt. Ma en EAA en HR 20 mei 1988, *NJ* 1989/676, m.nt. Ma en EAA. Beide arresten van de Hoge Raad betroffen de wijze van bewijsvoering en de vraag of de behandeling van een faillissementsverzoek in het openbaar plaatsvindt zodat deze hier niet verder worden besproken.

318 Zie nader par.2.3.

319 HR 12 november 1999, *LJN* AA3364, *NJ* 2000, 52 m.nt. P. van Schilfgaarde.

320 HR 23 februari 2001, *LJN* AB0205, *JOR* 2001, 76 en HR 19 januari 1990, *NJ* 1991/213, m.nt. EAA.

In 2012 is het beginsel van hoor en wederhoor aan de orde geweest in een schuldsaneringszaak. In die procedure was een schuldsaneringsregeling door de rechtbank beëindigd met toekenning van de schone lei. Een schuldeiser ging van dit vonnis in hoger beroep. Het hof heeft toen de schone lei alsnog geweigerd. Blijkens het arrest van het hof was het proces-verbaal van de zitting van de rechtbank, waarop de voordracht van de bewindvoerder tot die tussentijdse beëindiging werd behandeld, tot de processtukken gerekend. De Hoge Raad heeft aanleiding gezien (art. 83 RO) bij de rechtbank en het hof na te vragen of het proces-verbaal aan partijen was toegezonden. Hieruit bleek dat noch de rechtbank noch het hof dit stuk aan partijen had gezonden. De Hoge Raad stelde daarop vast dat het recht op hoor en wederhoor, zoals gewaarborgd in art. 6 EVRM, was geschonden. Het arrest van het hof werd daarom vernietigd.³²¹ Opvallend is dat de Hoge Raad in deze uitspraak verwijst naar art. 19 Rv. Deze bepaling is niet van toepassing op procedures ingevolge de Faillissementswet. Verder valt op dat de Hoge Raad aangeeft dat de grondslag van het recht op hoor en wederhoor is gelegen in het vertrouwen dat rechtszoekende dienen te kunnen stellen in het goed functioneren van de rechtspraak. Deze overweging vormt de opmaat voor het oordeel dat het bij schending van dit beginsel niet van belang is of de gegevens en bescheiden waarvan partijen geen kennis hebben al dan niet nieuwe feiten of argumenten bevatten, dan wel daadwerkelijk van invloed zijn geweest op de beslissing van de rechter. Vanwege het vertrouwen in de rechtspraak dat hier in het geding is, is het niet aan de rechter maar aan partijen om te beoordelen of de desbetreffende gegevens of bescheiden nopen tot een reactie. Dit is, aldus de Hoge Raad, slechts anders als het om informatie gaat waarvan in redelijkheid niet kan worden gezegd dat zij van enig belang kan zijn voor de beoordeling van de zaak. Deze uitzonderingssituatie deed zich niet voor; de voormalige schuldenaren waren in het geheel niet gehoord. Met dit oordeel leidt schending van het recht op hoor en wederhoor vrijwel steeds tot vernietiging van de uitspraak. De Hoge Raad lijkt hiermee terug te komen op eerdere nuancering van de schending van dit beginsel. Want uit eerdere jurisprudentie in dit verband, zoals geanalyseerd door de advocaat-generaal Timmerman, blijkt dat de Hoge Raad voorheen geen grond zag voor vernietiging van een uitspraak wegens schending van dit beginsel, indien:

- a. de betrokken partij geen nadeel heeft ondervonden in zijn processuele positie³²²,
- b. er voldoende ander bewijsmateriaal voorhanden was dat op zichzelf de toewijzing van de vordering kon dragen³²³,
- c. het om gegevens (van feitelijke aard) gaat die zonder belang (voor de beslechting van de zaak) zijn.³²⁴

De beide arresten uit 1999 en 2012 betroffen procedures na opening van de insolventieprocedure. Het is van belang om op te merken dat de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b daaraan vooraf gaan. Daarom is een uitspraak van

321 HR 9 november 2012, *LJN* BX5882, *NJ* 2012/637.

322 HR 12 maart 1999, *NJ* 1999/400.

323 HR 10 november 2006, *LJN* AZ1899.

324 HR 23 maart 2007, *LJN* AZ4571, *NJ* 2007/178.

het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (nader: Hof van Justitie) uit 2006, bekend als de Eurofood zaak, belangrijk. Daaruit blijkt dat het beginsel van hoor en wederhoor ook in procedures tot opening van een insolventie een prominente plaats inneemt.³²⁵ Voor een goed begrip wordt kort de casus geschetst. Eurofood was een in Ierland geïncorporeerde vennootschap. Een Ierse rechter had op verzoek van een schuldeiser van Eurofood bij wijze van voorlopige voorziening een provisioneel vereffenaar benoemd. Eurofood behoorde tot het Parmalat-concern, waarvan de moeder een in Italië gevestigde vennootschap was. Kort voor de beslissing van de Ierse rechter hadden de Italiaanse autoriteiten een noodwet uitgevaardigd op grond waarvan die Italiaanse moedermaatschappij (Parmalat SpA) in (een soort) surseance van betaling kwam te verkeren. Hierbij werd een bewindvoerder benoemd. Deze Italiaanse bewindvoerder was het niet eens met de beslissing van de Ierse rechter tot benoeming van een provisioneel vereffenaar en verzocht de Italiaanse rechter om zodanige uitbreiding van de surseance van betaling dat deze zich ook tot Eurofood zou uitstrekken. De zittingsdatum voor dit verzoek werd vastgesteld op dinsdag 17 februari 2004. De Ierse provisionele vereffenaar werd hiervan op vrijdag 13 februari 2004 (17.15 uur) op de hoogte gesteld. De Italiaanse rechter verklaarde zich op 20 februari 2004 bevoegd om de insolventie van Eurofood uit te spreken. De Ierse rechter diende toen nog te beslissen op de vraag of het vermogen van Eurofood definitief vereffend diende te worden. De Ierse rechter oordeelde (23 maart 2004) dat met het liquidatieverzoek van de schuldeiser op 27 januari 2004 de opening van de insolventieprocedure in Ierland had plaatsgevonden. Ook oordeelde hij dat het centrum van de voornaamste belangen van Eurofood zich in Ierland bevond.³²⁶ Artikel 3 van de Europese Insolventieverordening (IVO) bepaalt immers dat de rechters van de lidstaat waar het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar gelegen is, bevoegd zijn de insolventieprocedure te openen. Bij vennootschappen en rechtspersonen wordt, zolang het tegendeel niet is bewezen, het centrum van de voornaamste belangen vermoed de plaats van de statutaire zetel te zijn. Voorts oordeelde de Ierse rechter dat de insolventverklaring van Eurofood in Italië gebrekkig was en erkende daarom, met een beroep op de zogeheten ‘openbare ordeclausule’ van art. 26 IVO, die Italiaanse uitspraak niet.³²⁷ De Ierse rechter zette de voorlopige vereffening vervolgens om in een van definitieve aard. De Italiaanse bewindvoerder ging van deze uitspraak in hoger beroep bij het Ierse hooggerechtshof. De hoogste Ierse rechter heeft daarop prejudiciële vragen gesteld aan het Europese Hof van Justitie. Het Ierse hooggerechtshof vroeg het Europese Hof van Justitie – onder meer – of de Ierse rechter op grond van de Europese Insolventieverordening bevoegd was tot opening van de insolventieprocedure. Het Hof van Justitie kreeg tevens de zogenaamde ‘openbare orde-exceptie’ te

325 HvJ EG 2 mei 2006, *NJ* 2010/93, m.nt. Vlas, *JOR* 2006/224, m.nt. Veder, *AA* 2006, 907, m.nt. Vriesendorp. In die zin tevens: Samuel L. Bufford, Center of Main Interest, International Insolvency Case Venue, and Equality of Arms: The Eurofood Decision of the European Court of Justice, in: 27 *Northwestern Journal of International Law & Business*, Winter 2007.

326 Comi is de afkorting voor centre of main interests.

327 Een openbare ordeclausule is gebruikelijk in het internationaal privaatrecht, in het bijzonder bij strijd met de grondbeginselen van het recht van de lidstaat of met de grondwettelijk beschermde rechten en individuele vrijheden. De clausule biedt een land de mogelijkheid ongewenste gevolgen van een automatische erkenning te voorkomen.

beoordelen, die door een lidstaat op grond van artikel 26 IVO kan worden opgeworpen om erkenning van een buitenlandse insolventieprocedure of haar gevolgen te weigeren. Het hof overwoog: '(65) Wat de procedure betreft, heeft het hof uitdrukkelijk het algemene beginsel van gemeenschapsrecht erkend, dat een ieder recht heeft op een eerlijk proces (...). Dit beginsel is afgeleid uit de fundamentele rechten die integrerend deel uitmaken van de algemene beginselen van gemeenschapsrecht welke eerbiediging het hof verzekert. Daarbij laat het hof zich leiden door de constitutionele tradities welke de lidstaten gemeen hebben, alsmede door de aanwijzingen die met name te vinden zijn in het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950.

(66) Wat meer bepaald het recht op mededeling van de processtukken en, meer algemeen, het recht om te worden gehoord betreft, waarop in de vijfde vraag van de verwijzende rechter wordt gealludeerd, zij erop gewezen dat deze een eminente plaats innemen in de organisatie en het verloop van een eerlijk proces. In het kader van een insolventieprocedure is het recht van de schuldeisers of hun vertegenwoordigers om met eerbiediging van het beginsel van de processuele gelijkheid deel te nemen aan de procedure, van bijzonder belang. Zo de wijze waarop het recht om te worden gehoord kan worden uitgeoefend, naar gelang van de voor een uitspraak vereiste spoed kan verschillen, moet elke beperking van de uitoefening van dat recht genoegzaam worden gerechtvaardigd en gepaard gaan met procedurele waarborgen die de bij een dergelijke procedure betrokken personen een daadwerkelijke mogelijkheid bieden om de spoedeisende maatregelen te betwisten.'

Het was daarmee voor het eerst dat het Hof van Justitie in een insolventieprocedure het beginsel van hoor en wederhoor en het daaraan verwante beginsel van 'equality of arms' toepaste.³²⁸ Het hof overwoog dat het recht van schuldeisers om deel te nemen aan een 'insolventieprocedure' van bijzonder belang is. Het erkende weliswaar dat de wijze waarop dit recht kan worden uitgeoefend, kan worden beperkt wegens de voor een uitspraak vereiste spoed, maar benadrukte dat elke beperking tot de uitoefening van dat recht genoegzaam moet worden gerechtvaardigd en gepaard moet gaan met waarborgen voor de betrokken personen om de spoedeisende maatregelen te betwisten. Dit is in een tamelijk sterke norm en betekent dat er goede argumenten moeten zijn om het recht van de schuldeisers te worden gehoord te beperken. Het is duidelijk dat deze beperking kan worden gerechtvaardigd doordat grote spoed is geboden bij de beslissing op in een 'insolventieprocedure.'

De Eurofood zaak heeft geleid tot de opname van het beginsel van hoor en wederhoor in de Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases (nader: Global Principles) die in 2012 zijn opgesteld door Flechter en Wessels.³²⁹ Artikel 5 van die principes bepaalt onder meer dat de zogeheten 'equality of arms' geldt in alle beslissingen in internationale insolventiezaken.

328 Zie aldus ook: Bufford, Samuel L., 'Center of Main Interest, International Insolvency Case Venue, and Equality of Arms: The Eurofood Decision of the European Court of Justice', in: 27 *Northwestern Journal of International Law & Business*, Winter 2007.

329 www.bobwessels.nl/weblog/2012-06-doc1.

De ‘equality of arms’ in artikel 5 van de Global Principles houdt onder meer in dat elke partij in internationale insolventiezaken een volledige en eerlijke mogelijkheid krijgt om zijn zaak te bepleiten, bewijsstukken over te leggen en om te reageren op het pleidooi en het bewijs van de andere partijen.³³⁰ In artikel 5 lid 2 wordt onder ogen gezien dat hieraan in spoedgevallen niet steeds invulling gegeven kan worden. Voor die gevallen bepaalt lid 2 dat de rechter of de partijen alle bij de beslissing betrokken partijen informeert c.q. informeren, waaronder de belangrijkste gewone schuldeisers, alle schuldeisers met een zekerheidsrecht op een of meer vermogensbestanddelen van de schuldenaar evenals de relevante overheidsinstellingen. In voorkomend geval mag elke partij zo snel als dat mogelijk is op een versnelde basis om herziening of vernietiging van de beslissing vragen. Ten slotte is bepaald dat als een beslissing op versnelde basis wordt gegeven deze tijdelijk is en een zo beperkt mogelijke strekking heeft, gegeven het belang van de schuldenaar om de onderneming te kunnen voortzetten of het vermogen te bewaren. De rechter moet daarna alsnog de betrokken partijen in de gelegenheid stellen hun standpunt en bewijs naar voren te brengen overeenkomstig het bepaalde in lid 1.

De conclusie is dat het beginsel van hoor en wederhoor (thans) ook in het insolventieprocesrecht een prominente plaats inneemt. Enkel vereiste spoed kan (tijdelijk) aan dit beginsel derogeren. Daarvan kan met name in de procedures van art. 287 lid 4 en 287b sprake zijn.

2.5.10 *De wettelijk voorgeschreven ‘voorfase’ in het schuldsaneringsrecht*

Kenmerkend voor de wettelijke schuldsaneringsregeling is, tot slot, dat de fase voorafgaand aan de (eventuele) toelating tot deze insolventieprocedure aan bepaalde wettelijk voorgeschreven eisen moet voldoen. Een schuldenaar wordt alleen tot deze insolventieprocedure toegelaten indien hij heeft geprobeerd een regeling met zijn schuldeisers te treffen (art. 288 lid 2 onder b). Dit wordt het minnelijke traject genoemd. De wetgever heeft bepaald dat de schuldenaar dit niet zelf mag proberen maar dat deze poging moet zijn uitgevoerd door nader in de wet omschreven personen of instellingen (art. 48 lid 1 Wck j° 288 lid 2 onder b). De schuldenaar moet het doorlopen van het voortraject bovendien op een voorgeschreven wijze onderbouwen, te weten door een met redenen omklede verklaring van (het college van) B&W van de gemeente van de woonplaats van de schuldenaar (art. 285 lid 1 onder f) over te leggen. De verklaring houdt in dat er geen reële mogelijkheden zijn tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen. De verklaring kan tevens worden afgegeven door een door B&W gemandateerde kredietbank of een (rechts)persoon genoemd in art. 48 lid 1 onder d Wck.

De wetgever heeft met deze regeling willen bewerkstelligen dat schuldenaren slechts tot de wettelijke schuldsaneringsregeling worden toegelaten indien een minnelijke regeling niet mogelijk is.³³¹ Het minnelijke traject heeft aldus voorrang.

³³⁰ Daarmee rijst de vraag of bij de beslissing op het Wsnp-verzoek – die over het algemeen niet (zeer) spoedeisend is – niet tevens de schuldeisers opgeroepen zouden moeten worden. Deze vraag gaat echter het bestek van dit onderzoek te buiten en zal daarom niet worden besproken.

³³¹ *Kamerstukken II 1996/97*, 22 969, nr. 133a.

De beredeneerde verklaring van art. 285 lid 1 onder f geeft de insolventierechter een eenvoudig instrument om na te gaan of het minnelijke traject is doorlopen.

2.5.11 *Afronding*

De drie te onderzoeken wetsartikelen zijn opgenomen in de Faillissementswet. Deze wet kent van oudsher eigen procesrechtelijke regels. Deze worden wel het insolventieprocesrecht genoemd. In dit hoofdstuk, en met name in deze paragraaf, is gebleken dat insolventieprocesrecht weliswaar tot het terrein van het burgerlijk procesrecht hoort, maar dat dit procesrecht een vijftal van dat rechts-terrein afwijkende uitgangspunten en kenmerken vertoont.³³² Het schuldsanerings(proces)recht, dat onderdeel is van het insolventieprocesrecht, kent ten slotte nog een eigen, van het gewone procesrecht afwijkend en als zesde aan te duiden kenmerk.

Een belangrijke, zo niet de belangrijkste doelstelling van het insolventieprocesrecht is dat de insolventieprocedure voortvarend moet (kunnen) worden afgerond. Dit komt tot uitdrukking in de korte termijnen waarbinnen de rechter geacht wordt te beslissen, de korte termijnen voor het instellen van een rechtsmiddel en het gesloten stelsel van rechtsmiddelen, inhoudende dat het instellen van rechtsmiddelen tegen een beslissing soms is uitgesloten. Dit kan het eerste kenmerk worden genoemd.

Ten tweede is kenmerkend voor het procesrecht in de Faillissementswet dat de procedures niet steeds betrekking hebben op geschillen tussen partijen. Hieruit vloeit voort dat beslissingen soms niet of nauwelijks gemotiveerd behoeven te worden. Voorts is in het schuldsaneringsrecht de schuldenaar centraal komen te staan.

Ten derde gelden regels van bewijsrecht niet of in mindere mate; ook niet indien sprake is van een geschil tussen partijen. Dit vloeit voort uit de omstandigheid dat de doelstelling van het insolventieprocesrecht gericht is op een spoedige afwikkeling van de insolventie. De insolventierechter neemt zijn beslissing aan de hand van de vraag of feiten (en omstandigheden) voldoende aannemelijk zijn. Hij stelt zich bij het onderzoek naar de feiten (en omstandigheden) veelal actief op; actiever dan in procedures ingevolge het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Het ontbreken van procedurevoorschriften en het (veelal) ontbreken van juridisch geschoolde gemachtigden kunnen dit verklaren dan wel versterken. De actieve opstelling van de rechter kan mede verband houden met een vierde kenmerk van het insolventieprocesrecht.

Bijzonder voor het procesrecht is, ten vierde, namelijk dat in faillissementen en schuldsaneringsregelingen een lid van de rechtbank tot rechter-commissaris wordt benoemd en dat deze rechter niet alleen geschillenbeslechter is, maar tevens toezichthoudende, organisatorische en voorlichtende taken heeft. Daarbij valt op dat deze rechter-commissaris zijn bevoegdheden ambtshalve kan uitoefenen. Dit geldt ook voor de rechtbank. Hierin lijkt door te klinken dat met het

332 Vgl. Wessels Insolventierecht I 2012/1291. Kenmerkend voor het insolventieprocesrecht zijn volgens hem (i) het aanhangig maken met een verzoekschrift, (ii) het afwezig zijn van een gedaagde, (iii) het minder formeel en dus sneller zijn van de procedure, (iv) dat aan motivering minder strenge eisen worden gesteld en (v) dat het wettelijke bewijsrecht niet of in veel mindere mate van toepassing is.

goed en snel afwikkelen van insolventieprocedures, dat zoals opgemerkt de (primaire) doelstelling in het insolventieprocesrecht, maatschappelijke belangen zijn gemoeid die meer omvatten dan de individuele belangen van de schuldenaar en de betrokken schuldeisers.³³³ Dit komt onder meer tot uitdrukking in de regel dat een faillissement om redenen van openbaar belang uitgesproken kan worden en een schuldsaneringsregeling door een derde (i.e. B&W) kan worden verzocht. Dit kan als een vijfde kenmerk van insolventieprocesrecht worden gezien.

In de zesde en laatste plaats is kenmerkend voor de wettelijke schuldsaneringsregeling (niet het insolventieprocesrecht) dat de fase voorafgaand aan de (eventuele) toelating tot deze insolventieprocedure aan bepaalde eisen moet voldoen. Een schuldenaar wordt alleen tot deze insolventieprocedure toegelaten indien hij heeft geprobeerd een regeling met zijn schuldeisers te treffen. Dit wordt het minnelijke traject genoemd. De wetgever heeft bepaald dat de schuldenaar dat niet zelf mag proberen maar dat deze poging moet zijn uitgevoerd door nader in de wet omschreven personen of instellingen (art. 288 lid 2 onder b j° 48 lid 1 Wck). De schuldenaar dient dit op een voorgeschreven wijze te onderbouwen.³³⁴

2.6 Uitwerking van het procedurele kader voor de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b

Wat betekent het voorgaande voor het procedurele kader van waaruit de procedures worden onderzocht? De leidende gedachte is hoe de drie procedures, gegeven de zeer beperkte beschrijving daarvan in de wet, kunnen aansluiten bij het insolventieprocesrecht en in het burgerlijk procesrecht kunnen worden ingepast. Een complicerende factor is dat het gaat om procedures ingevolge de Faillissementswet en dat het procesrecht in deze wet, het insolventieprocesrecht, naast het burgerlijk procesrecht een eigen plaats inneemt en eigen, van het burgerlijke procesrecht afwijkende kenmerken vertoont. Het insolventieprocesrecht is in de vorige paragraaf onderzocht en gekarakteriseerd. De zes bijzondere kenmerken van insolventieprocesrecht zijn, samengevat:

- a. snelle procedures met korte termijnen en een gesloten stelsel van rechtsmiddelen,
- b. niet steeds is sprake van een geschil tussen partijen en in het schuldsaneringsrecht is de schuldenaar centraal komen te staan,
- c. de feiten worden niet op klassieke wijze vastgesteld en
- d. de rechter stelt zich ten aanzien van het bijeenbrengen van die feiten veelal actief op,
- e. de insolventierechter heeft ook niet-rechterlijke taken en bevoegdheden,
- f. het raakt aan het terrein van het publiekrecht/het algemeen belang,
- g. de wetgever heeft een traject voorafgaand aan de schuldsaneringsregeling voorgeschreven.

³³³ Vgl. stelling 25 van J.C. Apeldoorn bij zijn proefschrift (Apeldoorn 2009) 'De vele maatschappelijke taken die op het bordje van de curator worden gelegd zijn een geprivatiseerde vorm van overheidsbeleid'.

³³⁴ Te weten door een met redenen omklede verklaring van B&W van de gemeente van de woonplaats van de schuldenaar dan wel een door dat college gemandateerde kredietbank of (rechts)persoon genoemd in art. 48 lid 1 onder d Wck, zie art. 285 lid 1 onder f.

Voor wat betreft de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b is geconcludeerd dat daarop titel 3 (en daarmee de algemene bepalingen van art. 19 Rv e.v.) toepasselijk, althans toepasbaar zijn, met dien verstande dat de bijzondere kenmerken van het insolventieprocesrecht kunnen prevaleren.

Het te schetsten procedurele kader houdt dan het volgende in.

Ten eerste geldt het ‘super’beginsel van hoor en wederhoor. Dit volgt zowel uit art. 6 EVRM als uit het toepasselijke, of analogisch toe te passen, art. 19 Rv. Het Eurofood-arrest van het Hof van Justitie uit 2006 bevestigt dit. Vereiste spoedeisendheid kan, zo blijkt uit het Eurofood-arrest, meebrengen dat dit beginsel (tijdelijk) niet van toepassing is.

Ten tweede brengt de aard van het insolventieprocesrecht voor de drie procedures mee dat sprake is van op spoed gerichte procedures met korte termijnen (a), dat het bewijsrecht in beperkte mate toepasselijk is (c), dat de rechter zich bij het bijeenbrengen van het bewijs/de feiten actief opstelt (d) en dat de verplichte voorprocedure (het minnelijke traject) een belangrijke rol speelt (g). Korte termijnen en een beperkte rol van het bewijsrecht vloeien, voor wat betreft art. 287 lid 4 en 287b, tevens voort uit de aard van de procedures zelf. Dit zijn immers beide voorlopige voorzieningenprocedures. In dergelijke procedures gelden korte termijnen en is in beginsel geen sprake van toepassing van regels van bewijsrecht. In de procedure van art. 287a zouden regels van bewijsrecht, conform het toepasselijke (of analogisch toe te passen) art. 284 Rv, wel toepasselijk (moeten) zijn. Reeds nu kan worden vastgesteld dat de drie procedures niet naadloos passen in het systeem en bij de aard van het insolventieprocesrecht. De onder b en d genoemde kenmerken van het insolventieprocesrecht spelen geen rol: er is immers steeds sprake van een geschil tussen partijen (dat wil zeggen tegenspraak) (b) en de insolventierechter treedt niet op als toezichthouder, maar als geschillenbeslechter (e). In procedures ex art. 287 lid 4 is een geschil overigens niet direct aanwijsbaar, hetgeen onderwerp van dit onderzoek zal zijn. Het lijkt in het algemeen belang dat met art. 287 lid 4 en 287b sociale noodsituaties en schrijnende gevallen worden voorkomen, dat daarmee een wettelijke of minnelijke schuldsanering bereikt kan worden en dat met een gedwongen schuldregeling een wettelijke schuldsaneringsregeling onnodig wordt (f).³³⁵ Of en hoe dit inwerkt op de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b is moeilijk te zeggen.

Ten derde vormen, met inachtneming van het voorgaande, de bepalingen van titel 3 en daarmee de algemene bepalingen van art. 19 Rv e.v. het richtsnoer voor de drie procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b. Het Procesreglement verzoekschriftprocedures rechtbanken (kantonzaken), zijnde een op de op titel 3 gebaseerde rechtersregeling, is voor de toepassing van de bepalingen van titel 3 in de praktijk van belang. Dit procesreglement wordt daarom tevens bij het onderzoek betrokken.³³⁶ Evenals de drie te onderzoeken procedures ziet deze regeling op verzoekschriftprocedures zonder verplichte procesvertegenwoordiging.

335 Rb. 's-Hertogenbosch 14 januari 2011, *LJN* BP3054 noemt het algemeen belang dat is gediend met een verantwoorde en evenwichtige schuldsaneringsregeling die kan uitmonden in een dwangakkoord.

336 Zie www.rechtspraak.nl (procedures/landelijke regelingen).

Binnen dit procedurele kader is een aantal spanningsvelden aanwezig. Vooreerst kan het beginsel van hoor en wederhoor wringen met het spoedeisende karakter van het insolventieprocesrecht en de drie procedures. Daarnaast staat het in het insolventieprocesrecht gebruikelijke aannemelijkheidsoordeel op gespannen voet met het toepassen van regels van bewijsrecht op grond van het toepasselijke of analogisch toe te passen art. 284 Rv. Dit spanningsveld doet zich enkel voor bij de procedure van art. 287a omdat in beide andere procedures sprake is van een aannemelijkheidsoordeel, nu het daar gaat om voorlopige voorzieningenprocedures. Ten slotte conflicteert de actieve houding van de insolventierechter met de in art. 24 Rv neergelegde lijdelijkheid van de rechter.

In dit onderzoek zal moeten blijken hoe in deze spanningsvelden voor de drie te onderzoeken procedures de juiste balans gevonden kan worden.

Tot slot zij eraan herinnerd dat als derde onderzoeksvraag is geformuleerd wat de bepalingen over het kort geding (art. 254, 438 en 705 Rv), de voorlopige voorziening in en hangende een bodemprocedure (art. 223 Rv) en andere bijzondere voorlopigevoorzieningenprocedures zoals die in echtscheidingszaken (art. 821 Rv e.v.) kunnen betekenen voor de invulling en verbetering van de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b.

3 | Voorlopige voorzieningen op de drempel van de schuldsaneringsregeling

3.1 Inleiding

Een debiteur die zijn schulden niet voldoet, mag erop rekenen dat hij daarop door zijn schuldeisers wordt aangesproken. De schuldeiser zal aanmaningen sturen, een incassobureau inschakelen, de debiteur dagvaarden en een vonnis ‘halen’. Als de debiteur (schuldenaar) na een veroordelend vonnis zijn verplichtingen niet nakomt, zal de schuldeiser in beginsel tot tenuitvoerlegging van dat vonnis overgaan. Dit kan ontruiming van een woning wegens huurachterstand betreffen of beslaglegging op het inkomen van de schuldenaar. Dit heeft diepgaande en verstrekende gevolgen voor die schuldenaar en zal hem of haar veelal in ernstige problemen brengen.

De regeling van art. 287 lid 4 maakt het voor een schuldenaar mogelijk voorafgaand aan een eventuele schuldsaneringsregeling de rechter te verzoeken een voorlopige voorziening ten opzichte van een of meer van zijn schuldeisers te treffen. De wetbepaling is samen met art. 287b op 1 januari 2008 ingevoerd. Er is weinig jurisprudentie en nagenoeg geen literatuur over deze wetbepaling.

Invoering van art. 287 lid 4 hangt direct samen met de afschaffing (per 1 januari 2008) van art. 287 lid 2 oud, die voorlopige toepassing van de schuldsaneringsregeling mogelijk maakte. De minister meende dat met het vervallen van deze voorlopige toepassing nog wel behoefte zou bestaan aan maatregelen ter overbrugging naar het moment dat op het Wsnp-verzoek wordt beslist. Hierbij werd gedacht aan de situatie waarin de schuldenaar een Wsnp-verzoek indient zonder alle in art. 285 voorgeschreven informatie bij te voegen, teneinde een dreigende uithuiszetting te voorkomen¹ of een dreigende afsluiting van de levering van gas, water of elektriciteit. De memorie van toelichting luidt op dit punt als volgt: ‘Indien de schuldenaar een incompleet dossier inlevert teneinde een dreigende uithuiszetting te voorkomen, zal de rechter indien hij daartoe gronden aanwezig acht, de voorlopige voorziening voor de duur van een maand kunnen treffen, binnen welke maand de schuldenaar alsnog een volledig dossier zal moeten overleggen, wil hij dat zijn verzoek tot toelating tot de schuldsanering in behandeling wordt genomen.’²

De beperking tot dat ene voorbeeld neemt niet weg dat op grond van art. 287 lid 4 elke (ten opzichte van de desbetreffende schuldeiser nodige) voorlopige voorziening kan worden gevraagd. De minister heeft bij de duur van de te geven

¹ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 942, nr. 3, p. 7.

² *Kamerstukken II* 2004/05, 29 942, nr. 3, p. 7.

voorlopige voorziening gedacht aan een periode van een maand. Dit is de maximale periode die gegeven kan worden om het Wsnp-verzoek te completeren, maar hij zag in dat een langere periode onder omstandigheden mogelijk zou moeten zijn.³

In de Monitor Wsnp over 2013 is het aantal 287 lid 4-verzoeken in de periode van 2009 tot en met 2013 vermeld:

Beslissingen op 287 lid 4-verzoeken 2009 tot en met 2013⁴

	2009		2010		2011		2012		2013	
	Aantal	%	Aantal	%	Aantal	%	Aantal	%	Aantal	%
Afwijzing	70	16%	105	16%	117	15%	85	10%	93	12%
Intrekking	51	12%	64	10%	99	13%	78	10%	81	11%
Niet-ontvankelijkverklaring	28	7%	29	4%	58	7%	64	8%	57	7%
Toekenning	281	65%	465	70%	506	65%	94	72%	538	70%
Totaal ingediend	457		705		804		859		803	
Index	100		154		176		188		176	

In deze periode is na een forse stijging sprake van een stabilisatie van het aantal 287 lid 4-verzoeken. Van de 287 lid 4-verzoeken werd in 2013 70% toegewezen, 12% afgewezen, 11% ingetrokken en 7% niet-ontvankelijk verklaard. Deze percentages verschillen niet wezenlijk met die van de voorgaande jaren met dien verstande dat in de loop der tijd minder verzoeken worden afgewezen en meer worden toegewezen.

Uit de jurisprudentie blijkt dat er soms een lange periode verstrijkt tussen het indienen van een Wsnp-verzoek en de behandeling daarvan.⁵ Dit vergroot de behoefte aan een voorziening ter overbrugging van deze periode.

In dit hoofdstuk worden de procedures van art. 287 lid 4 beschreven. Tevens wordt onderzocht op welke wijze de bepalingen in de rechtspraak worden toegepast en tot welke problemen en onduidelijkheden dit aanleiding geeft. Daartoe is de jurisprudentie over art. 287 lid 4 bestudeerd.

3.2 Achtergrond en ontstaansgeschiedenis van art. 287 lid 4

Artikel 287 lid 4 luidt als volgt: *‘De rechtbank is in spoedeisende zaken bevoegd, gelet op de belangen van partijen, een voorlopige voorziening bij voorraad te geven. De voorlopige voorziening wordt gevraagd in het verzoekschrift of, indien dit al is ingediend, bij afzonderlijk verzoekschrift. De artikelen 256, 257 en*

³ *Kamerstukken I* 2006/07, 29 942, C p. 5.

⁴ Monitor Wsnp, Tiende meting 2015, p. 92.

⁵ Zie bijvoorbeeld Rb. 's-Gravenhage 29 november 2010, *LJN* BO9260, *TvS* 2011, 340 (ruim 10 weken tussen indiening verzoek en zittingsdatum), Rb. 's-Gravenhage 7 mei 2010, *LJN* BM3716 (na bijna twee maanden nog geen beslissing), Rb. Breda 21 april 2011, *LJN* BQ2493 (8 weken). Zie ook Jungmann & Kruis 2014, p. 69: door rechters wordt bedoelde termijn op gemiddeld 7 ½ week geschat.

258 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn van overeenkomstige toepassing. Op hoger beroep zijn de artikelen 358 tot en met 362 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing.”

Art. 287 lid 4 is ingevoerd in verband met de afschaffing van de voorlopige toepassing van de schuldsaneringsregeling. De voorlopige toepassing van de schuldsaneringsregeling leek vooral te zijn bedoeld om te voorkomen dat de schuldenaar niet-ontvankelijk werd verklaard of dat zijn verzoek werd afgewezen omdat hij had verzuimd de vereiste gegevens te verstrekken.⁶ Op grond van deze bepaling werd in de literatuur aangenomen dat aanhouding van de beslissing op het verzoek niet mogelijk was.⁷ Door de wetgever werd tevens gedacht aan het specifieke geval dat de schuldenaar min of meer bewust een onvolledig verzoek indiende.⁸ Na de voorlopige toepassing gold een termijn van 21 dagen voor het completeren van het verzoek. Deze termijn werd als een fatale termijn beschouwd op grond van art. 287 lid 5 (oud). Dit werd in de literatuur als veel te rigide ervaren.⁹ Op overschrijding van de termijn stond geen sanctie, zodat het niet verwondert dat de schuldenaar niet steeds aan deze termijn werd gehouden.¹⁰

Uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat destijds leidde tot invoering van de schuldsaneringsregeling moet worden afgeleid dat de voorlopige toepassing tevens was bedoeld voor het geval de rechter – die geacht werd met de meeste spoed uitspraak te doen op het Wsnp-verzoek – meer tijd nodig meende te hebben om de zaak verder te onderzoeken.¹¹

De voorlopige toepassing werd in de praktijk (van voor 2008) in verschillende situaties toegepast. Enerzijds in het door de wetgever beschreven geval dat een schuldenaar bij een dreigende executie (woningontruiming) een onvolledig verzoek indiende en anderzijds in de gevallen dat de rechter nader onderzoek (door de bewindvoerder) wenste over aard en achtergronden van de schuldenproblematiek. Dit laatste gold in het bijzonder voor de ex-ondernemers. De wetgever heeft de voorlopige toepassing laten vervallen omdat dit omslachtige wetgeving opleverde. Het strookte volgens de wetgever voorts niet met de beoogde beperking van de instroom tot de schuldsaneringsregeling om schuldenaren voorlopig toe te laten teneinde hen in de gelegenheid te stellen alsnog een compleet dossier aan te leveren.¹²

De mogelijkheid van het treffen van een voorlopige voorziening is opgenomen vanwege zorgen die de NVVK (Vereniging voor schuldhulpverlening en sociaal bankieren) – dit is de beroepsorganisatie van schuldhulpverleners – uitte over het feit dat de mogelijkheden van een regulier kort geding bij uithuiszetting beperkt waren.¹³ Hieruit kan worden afgeleid dat de wetgever een nogal beperkt

6 Verschoof 1998, p. 40.

7 Polak-Wessels IX 1999/9052.

8 MvT *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 35/36.

9 Verschoof 1998, p. 41.

10 Bijvoorbeeld: HR 17 december 2004, *LJN* AR3647, Hof 's-Hertogenbosch 10 oktober 2005, *LJN* AU5094, Hof 's-Hertogenbosch 10 april 2006, *LJN* AW1978.

11 MvT *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 35. De term 'terstond' is in een laat stadium van het wetgevingsproces nog vervangen door de term 'met de meeste spoed' om de rechtbanken wat meer ruimte te geven. Zie *Kamerstukken I* 1997/98, 22 969, nr. 297 b. Zie voorts Verschoof 1998, p. 39.

12 MvT *Kamerstukken II* 2004/05, 29 942, nr. 3, p. 7.

13 *Kamerstukken II*, 29 942, nr. 7, p. 50.

toepassingsgebied voor ogen stond. In de geciteerde passage wordt immers alleen de dreigende uithuiszetting genoemd en wordt uitgegaan van de situatie dat het Wsnp-verzoek incompleet is. De mogelijkheid dat de beslissing op het verzoek wordt aangehouden wordt niet genoemd.

Bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer in mei 2007 bleek dat de minister een ruimer toepassingsgebied voor ogen had. In de memorie van antwoord is namelijk vermeld: 'Artikel 287, vierde lid, is vooral bedoeld ter vervanging van de huidige voorlopige toepassing van de schuldsaneringsregeling. Deze voorlopige voorziening kan worden uitgesproken ter overbrugging van de periode tussen de indiening van en de beslissing op het verzoekschrift, indien er een noodvoorziening nodig is om bijvoorbeeld een acuut dreigende uithuiszetting, afsluiting van nutsvoorzieningen, openbare verkoop van de inventaris of faillissement te voorkomen. Ten aanzien van het vorderen van voorlopige voorzieningen zijn verder geen beperkingen gesteld. Het staat de rechter vrij die maatregelen te treffen die hij geraden acht en voor de duur die hij geraden acht. Ingevolge het voorgestelde artikel 287, vierde lid, moet het verzoek overigens worden gedaan in het verzoekschrift waarin de toelating wordt verzocht of moet dit verzoekschrift al zijn ingediend.'¹⁴

Dit blijkt uit de tekst van art. 287 lid 4 zelf, die heel algemeen is geformuleerd. Voor deze interpretatie pleit ten slotte de verwijzing naar de art. 256, 257 en 258 Rv. Uit die verwijzing volgt immers dat het verzoek geschikt moet zijn om in kort geding te beslissen (art. 256 Rv), dat de beslissing geen nadeel aan de zaak ten principale toebrengt (art. 257) en dat deze ambtshalve uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard (art. 258 Rv). Uit de kortgedingjurisprudentie blijkt dat veel zaken geschikt zijn om in kort geding te beslissen en dat art. 257 Rv zich richt tot de bodemrechter.

Dit ruimere toepassingsgebied is gerechtvaardigd nu, zoals Lankhorst terecht heeft opgemerkt, een groot nadeel van het minnelijke traject is, dat er geen *paritas creditorum* geldt en dat in feite het recht van de sterkste/snelste heerst.¹⁵ Deze nadelen worden met de toepassing van 287 lid 4 ondervangen. Er worden verder praktische voordelen van deze nieuwe procedure genoemd te weten dat de insolventierechter – de rechter die is belast met de behandeling van insolventiezaken¹⁶ – over een volledig aanvraagdossier beschikt hetgeen een beoordeling eenvoudiger zal maken alsook dat zich niet twee rechters over de zaak hoeven te buigen.¹⁷

Blijkens de memorie van toelichting wordt bij de toepassing van art. 287 lid 4 vooral gedacht aan de situatie waarin de bij het Wsnp-verzoek over te leggen gegevens niet compleet zijn. Het komt voor dat de rechter de behandeling ter zitting of in een tussenvonnis aanhoudt omdat hij behoefte heeft aan nadere informatie. Te denken valt aan informatie met betrekking tot bijvoorbeeld de (voormalige) verslaving van schuldenaar of de aard en omvang van bepaalde

14 *Kamerstukken I* 2006/07, 29 942, C, p. 4. Op welke wijze een faillissement kan worden voorkomen met het geven van een voorziening ex art. 287 lid 4 is niet duidelijk.

15 Zie zijn commentaar onder Rb. Rotterdam 18 september 2008, *LJN* BF8163 in *TvS* 2009, 262.

16 Dit is geen in de wet verankerde term, maar bedoeld wordt een rechter die – al dan niet mede als rechter-commissaris – is belast met de behandeling van insolventiezaken. In welke mate de rechter in insolventiezaken is gespecialiseerd, verschilt per rechtbank en hangt in het bijzonder af van de grootte ervan.

17 *MvT Kamerstukken II* 2004/05, 29 942, nr. 3, p. 7.

schulden. Ik meen dat in een dergelijke situatie eveneens een voorlopige voorziening verzocht kan worden.¹⁸

Noordam heeft terecht opgemerkt dat lid 4 nogal geïsoleerd staat tussen de overige bepalingen van art. 287.¹⁹ Art. 287 lid 1 bepaalt dat met de meeste spoed uitspraak moet worden gedaan op het Wsnp-verzoek, art. 287 lid 2 nuanceert dit doordat daarin is bepaald dat de rechtbank de schuldenaar een termijn van ten hoogste een maand kan geven om ontbrekende gegevens te verstrekken en art. 287 lid 3 en lid 5 bepalen dat in het vonnis waarbij het Wsnp-verzoek wordt toegewezen een rechter-commissaris en een bewindvoerder worden benoemd en een postblokkade wordt ingesteld. De leden 6 en 7 zien op het geval dat B&W een Wsnp-verzoek indienen, hetgeen in de praktijk niet voorkomt. Het had voor de hand gelegen dat de wetgever in lid 4 een relatie had gelegd met art. 287 lid 1 en 2 waardoor duidelijk zou zijn in welke gevallen art. 287 lid 4 aan de orde zou zijn.

3.3 De bevoegde rechter

In de wettekst is slechts bepaald dat ‘de rechtbank’ een dergelijk verzoek behandelt. In art. 50 RO is geregeld dat het bestuur van de rechtbank enkelvoudige kamers vormt (en de bezetting bepaalt) voor het behandelen en beslissen van zaken waarin voorlopige voorzieningen worden gevraagd. Tevens is bepaald dat degene die zitting heeft in deze enkelvoudige kamer de titel draagt van voorzieningenrechter. Dit is door een aantal rechtbanken op algemene wijze ingevuld doordat is bepaald dat degene die deel uitmaken van een afdeling of een team dat is belast met de behandeling van zaken als bedoeld in – onder meer – art. 50 RO zijn aangewezen als lid van de enkelvoudige kamer als bedoeld in dat artikel.²⁰ Aangezien alle rechtbanken afdelingen of teams kennen met rechters die zijn belast met insolventiezaken is op deze wijze geregeld dat een rechter uit een dergelijke insolventieteam/afdeling deze zaken behandelt. Deze rechter draagt de titel voorzieningenrechter. In andere gevallen heeft het bestuur dit gemandateerd aan bijvoorbeeld een teamvoorzitter en is niet inzichtelijk hoe art. 50 RO is ingevuld.²¹ Hoe dit ook zij, in de praktijk behandelt een zo te noemen insolventierechter verzoeken die zijn gebaseerd op de Faillissementswet en dat geldt tevens voor art. 287 lid 4.²² Met insolventierechter wordt de rechter aangeduid die zich (geheel of gedeeltelijk) bezig houdt met verzoekschriften op grond van de Faillissementswet in het algemeen. De titel voorzieningenrechter wordt echter niet gevoerd.

¹⁸ Zo ook Rb. Arnhem 14 maart 2011, *LJN* BP7560.

¹⁹ Noordam 2008, p. 272.

²⁰ Zie bijvoorbeeld de Rechtbanken Noord-Nederland, Overijssel, Gelderland, Amsterdam, Rotterdam en Limburg. Te vinden op www.rechtspraak.nl bij de desbetreffende rechtbank onder ‘regels en procedures’.

²¹ Zie bijvoorbeeld het bestuursreglement van de Rechtbank Den Haag (www.rechtspraak.nl bij die rechtbank onder ‘regels en procedures’): ‘Voor het behandelen en beslissen van zaken als bedoeld in de artikelen 50 (...) van de Wet op de rechterlijke organisatie vormt het bestuur enkelvoudige dan wel meervoudige kamers aan de hand van het zittingsrooster van de desbetreffende sector.’

²² In zijn brief van 27 november 2012 aan de Tweede Kamer (kenmerk 326963, zie www.rijksoverheid.nl) betreffende onder andere de bestrijding van faillissementsfraude schrijft hij dat hij een gespecialiseerde insolventierechter wil instellen. In de praktijk bestaat deze reeds.

De relatieve competentie is geregeld in art. 2 j° 284 lid 2. Daarin is bepaald dat de rechter van de woonplaats van de schuldenaar bevoegd is het Wsnp-verzoek te beoordelen.²³ Het 287 lid 4-verzoek maakt onderdeel uit van het Wsnp-verzoek. Is het Wsnp-verzoek al ingediend dan kan een 287 lid 4-verzoek bij wijze van aanvulling alsnog worden gedaan.

De (insolventie)rechter dient zijn relatieve bevoegdheid ambtshalve te toetsen.²⁴ Als de rechter oordeelt dat niet hij maar een andere rechter (van gelijke rang) bevoegd is, verwijst hij de zaak naar die andere rechter. Als de zaak wordt verwezen wegens ontbreken van relatieve bevoegdheid staat daarvan geen hoger beroep open.²⁵ Dit alles geldt tevens bij de verzoekschriftprocedure van titel 3 Rv, zie art. 270 lid 3 Rv. Een verschil is dat bij die verzoekschriftprocedure niet wordt verwezen als de verzoeker aangeeft geen verwijzing te wensen (art. 270 lid 1 Rv).

In de wettekst staat dat het 287 lid 4-verzoek bij 'de rechtbank' kan worden ingediend. Hof Amsterdam achtte zich desondanks bevoegd om een tijdens de behandeling van een hoger beroep tegen de afwijzing van een Wsnp-verzoek gedaan 287 lid 4-verzoek te behandelen.²⁶ Het hof baseerde zich daarbij op de strekking van de wet. Tevens werd hierbij betrokken dat de schuldeiser die het betrof (een woningbouwvereniging) in hoger beroep was verschenen, op het verzoek ex art. 287 lid 4 gehoord kon worden en dus niet in haar belangen werd geschaad. Hof Leeuwarden heeft in een latere uitspraak in gelijke zin geoordeeld.²⁷ Dit komt overeen met de het bepaalde in art. 223 Rv en jurisprudentie betreffende art. 821 Rv.²⁸

Hof Leeuwarden ging voorts in op de mogelijkheid dat tijdens de beroepstermijn of hangende het hoger beroep tegen de afwijzing van het Wsnp-verzoek een 287 lid 4-verzoek bij de rechtbank wordt ingediend. In dat geval dient, aldus het hof, de rechtbank in de beoordeling van het verzoek te betrekken haar inschatting op grond van dit beroepschrift van de kans van slagen van het beroep en derhalve de kans dat de schuldenaar alsnog wordt toegelaten tot de schuldsaneringsregeling. Dit is een nogal vreemde constructie die in het gewone burgerlijke procesrecht, voorzover bekend, niet voorkomt. Overigens heeft zich een dergelijke situatie in de praktijk nog niet voorgedaan.

Het is eenmaal voorgekomen dat hangende een beroep in cassatie een 287 lid 4-verzoek werd ingediend bij de Hoge Raad. Omdat het cassatieberoep werd verworpen kwam ons hoogste rechtscollege niet toe aan de vraag of het wel mogelijk is in cassatie een 287 lid 4-verzoek te doen.²⁹ De advocaat-generaal analyseert in zijn conclusie voor dit arrest allereerst dat geen beroep in cassatie openstaat van de afwijzing van een 287 lid 4-verzoek door het hof. De

23 Het gaat om de woonplaats op het moment van het indienen van het Wsnp-verzoek.

24 HR 28 januari 1983, *NJ* 1983/465, m.nt. BW. Voor de verzoekschriftprocedure van titel 3 Rv zie *Kamerstukken II* 2002/03, 28 863, nr. 3, p. 9.

25 HR 1 juli 1993, *NJ* 1993/670. Dit betrof het geval dat de rechtbank ten onrechte aannam dat zij bevoegd was. Zie voorts HR 22 december 2006, *LJN* AZ2724.

26 Hof Amsterdam 18 september 2009, *LJN* BL1956.

27 Hof Leeuwarden 22 december 2011, *LJN* BV1387.

28 Hof 's-Hertogenbosch 27 maart 2003, *LJN* AG1751. Het Hof oordeelde dat, naar analogie van art. 223 Rv, onder 'de rechter' in art. 822 Rv moet worden verstaan de rechter bij wie de hoofdzaak aanhangig is.

29 HR 25 oktober 2013, *ECLI:NL:HR:2013:1031*.

‘consistentie’ brengt daarom volgens hem mee dat in cassatie geen 287 lid 4-verzoek kan worden gedaan.³⁰

3.4 De procedure

3.4.1 *Voorlopige voorzieningen op verzoek of (ook) ambtshalve?*

Art. 287 lid 4 (eerste volzin) stelt de bevoegdheid van de rechtbank tot het geven van voorlopige voorzieningen voorop. Uit de tweede volzin van deze bepaling kan worden afgeleid dat de rechtbank slechts op verzoek van de schuldenaar voorlopige voorzieningen kan treffen. Het insolventieprocesrecht kenmerkt zich erdoor dat de insolventierechter een aantal ambtshalve uit te oefenen bevoegdheden is toegekend (par. 2.5.5). Tegen die achtergrond is verdedigbaar dat de insolventierechter, op grond van de eerste volzin, ambtshalve voorlopige voorzieningen treft. Dit kan bijvoorbeeld aangewezen zijn als de rechter tijdens of na de mondelinge behandeling van een Wsnp-verzoek besluit dat de beslissing daarop wordt aangehouden in afwachting van nadere, door de verzoeker te verstrekken informatie. Dit zou voorts in lijn zijn met de voor 2008 geldende praktijk dat de voorlopige toepassing van de schuldsaneringsregeling werd uitgesproken in gevallen waarin nadere informatie moest worden overgelegd. In de jurisprudentie is niet bekend dat de insolventierechter op de voet van art. 287 lid 4 ambtshalve overgaat tot het treffen van voorlopige voorzieningen.

3.4.2 *Het 287 lid 4-verzoek, wijziging, en wijzigingsverzoek*

3.4.2.1 ALGEMEEN

In art. 287 lid 4 is vermeld dat ‘de voorlopige voorziening’ in het Wsnp-verzoekschrift wordt gevraagd. Op de inhoud van de mogelijk te vragen voorlopige voorzieningen wordt in par. 3.6 ingegaan. Zonder een Wsnp-verzoek kan geen 287 lid 4-verzoek worden gedaan.³¹ Indien dat verzoek al is ingediend, geldt dat het bij afzonderlijk verzoekschrift kan worden gedaan. Het vormt dan een (aanvullend) onderdeel van het Wsnp-verzoek. Hier kan gedacht worden aan het geval dat de noodzaak van een voorlopige voorziening pas blijkt na indiening van het Wsnp-verzoek. Een verzoek ex art. 287 lid 4 zou – zoals hiervoor al aangegeven – zelfs nog kunnen worden gedaan op de zitting waarop het Wsnp-verzoek wordt behandeld. Voor een dergelijk verzoek kan bijvoorbeeld aanleiding bestaan als ter zitting blijkt dat de rechtbank de behandeling wil aanhouden in afwachting van nadere informatie. Een Wsnp-verzoek kan zonder tussenkomst van een advocaat worden ingediend (zie art. 361) en dat geldt dus tevens voor het 287 lid 4-verzoek. Dat kan meebrengen dat een dergelijk verzoek

30 Conclusie AG Timmerman 6 september 2013, ECLI:NL:PHR:2013:805 voor HR 25 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:1031. Zie hierover C. Seinen, ‘Het verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening in appel en cassatie’, TvS 2013/4, p. 20 e.v.

31 Rb. Zutphen 8 oktober 2008, *L/JN* BG6947, NJF 2009/158.

minder juridisch is geformuleerd.³² Indien een schuldenaar onder beschermingsbewind is gesteld, kan hij, aldus de Hoge Raad in een arrest van 25 mei 2012, dit verzoek zelf doen.³³ De Hoge Raad overwoog daartoe dat de indiening van een Wsnp-verzoek niet kan worden beschouwd als een daad van beheer over de onder bewind staande goederen waartoe de beschermingsbewindvoerder ingevolge art. 1:438 lid 1 BW bij uitsluiting bevoegd is. Het is, aldus de Hoge Raad, evenmin een daad van beschikking over de onder bewind staande goederen, die de schuldenaar ingevolge art. 1:438 lid 2 BW slechts met zijn medewerking (of machtiging van de kantonrechter) zou kunnen verrichten. Het indienen van een Wsnp-verzoek behoort daarom niet tot de taak van een beschermingsbewindvoerder. Dit geldt daarom eveneens voor het 287 lid 4-verzoek. Een dergelijk verzoek strekt tot het geven van voorzieningen die niet verder zullen gaan dan hetgeen toelating tot de schuldsaneringsregeling tot gevolg heeft.

Indien de schuldenaar onder curatele is gesteld, geldt dat de curator het verzoek dient te doen. Het recht op toegang tot de rechter kan echter – in spoedeisende gevallen onder bepaalde voorwaarden – meebrengen dat de schuldenaar zelfstandig als verzoeker kan optreden.³⁴

Uit de wetsgeschiedenis valt af te leiden dat het Wsnp-verzoek incompleet mag zijn, maar dat het wel een relevant deel van de in art. 285 genoemde gegevens moet bevatten. In de memorie van toelichting is immers vermeld: ‘Wanneer een volledig verzoekschrift niet op de vereiste korte termijn kan worden opgesteld, zal de schuldenaar zich tot de kortgedingrechter moeten wenden. Voordeel van deze procedure bij de insolventierechter boven een kort geding bij de voorzieningenrechter is dat de insolventierechter een volledig aanvraagdossier voor zich heeft. Dit ontbreekt vaak bij de kortgedingrechter, wat de beoordeling van de zaak lastiger maakt.’³⁵

Ik wijs er in dit verband op dat als een Wsnp-verzoek niet volledig is, een termijn van een maand gegeven kan worden teneinde het verzoek compleet te maken, zie art. 287 lid 2. Door de redactie van art. 287 is niet duidelijk of en welke rol deze bepaling speelt bij de beoordeling van art. 287 lid 4-verzoeken. Aanhouding van de behandeling van het verzoek teneinde het Wsnp-verzoek aan te vullen past niet goed bij het spoedeisende karakter van de procedure. De meest praktische en bij het karakter van art. 287 lid 4 horende aanpak lijkt te zijn dat op het 287 lid 4-verzoek wordt beslist en dat verzoeker vervolgens op de voet van art. 287 lid 2 in de gelegenheid worden gesteld de ontbrekende gegevens en/of informatie te verschaffen.³⁶

32 Zie Rb. Rotterdam 18 september 2008, *LJN* BF8163, *TvS* 2009, 262. Mede daarom zijn modelverzoekschriften ontwikkeld door de Raad voor Rechtsbijstand te 's-Hertogenbosch. Deze zijn te vinden op www.wsnp.rvr.org onder ‘ik ben bewindvoerder’ en ‘modelverzoekschriften’.

33 Dit volgt uit HR 25 mei 2012, *LJN* BV4010, *NJ* 2012/546, m.nt. P. van Schilfgaarde. Hierin oordeelde de Hoge Raad dat het indienen van een Wsnp-verzoek niet tot de taak van de beschermingsbewindvoerder hoort. De schuldenaar is daartoe zelfstandig bevoegd, met dien verstande dat de rechter geacht wordt zich – zo nodig – op de hoogte te stellen van het standpunt van de beschermingsbewindvoerder ten aanzien van het Wsnp-verzoek.

34 HR 28 januari 1994, *NJ* 1994/687, m.nt. J.E. de Boer en Hof Amsterdam 13 juli 1989, *NJ* 1992/504, Tonkens-Gerkema 2014, (T&C Rv), art. 254 Rv, aant. 7.

35 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 942, nr. 3, p. 7.

36 Voor de beoordeling van het 287 lid 4-verzoek zal het Wsnp-verzoek wel zodanige gegevens moeten bevatten dat kan worden ingeschat of toelating tot de schuldsaneringsregeling is te verwachten.

De art. 3.2.2.2 en 3.2.2.3 Procesreglement insolventiezaken bevatten enkele voorschriften voor het 287 lid 4-verzoek.³⁷ Zo moet omschreven zijn wat het verzoek inhoudt, moeten gegevens van de schuldeiser tegen wie het verzoek zich richt worden vermeld en moeten schriftelijke stukken worden overgelegd die de noodzaak van de voorlopige voorziening kunnen aantonen. Hieruit kan worden afgeleid – hetgeen voor de hand ligt – dat het verzoek (mede) wordt beoordeeld aan de hand van de vraag of verzoeker een spoedeisend belang bij de gevraagde voorziening heeft. Hierop wordt nader ingegaan in par. 3.5. Daarnaast blijkt uit de art. 3.2.2.2 en 3.2.2.3 Procesreglement insolventiezaken dat de verzoeker met stukken dient te onderbouwen dat hij een spoedeisend belang heeft bij de gevraagde voorziening. In het kort geding en bij de procedure van art. 223 Rv – welke procedures met die van art. 287 lid 4 kunnen worden vergeleken – gelden de gewone regels van stelplicht en bewijslast niet.³⁸ Dit neemt niet weg dat de eisende partij in deze procedures zijn ‘spoedeisend’ belang bij de gevraagde voorziening dient te stellen en zo nodig dient te onderbouwen. In die zin wijken de beide artikelen van het procesreglement daarvan niet af. Bijzonder is wel dat er op voorhand een verplichting geldt om stukken over te leggen. Art. 3.2.2.3 Procesreglement insolventiezaken gaat daarom verder dan hetgeen in kortgeding geldt. De bepaling gaat ook verder dan hetgeen voor de verzoekschriftprocedure geldt. Art. 278 Rv bepaalt dat het verzoekschrift het verzoek moet bevatten en de gronden waarop dit rust, maar verplicht niet tot het overleggen van stukken.

Niet is voorgeschreven dat de schuldenaar voorafgaand aan het indienen van een 287 lid 4-verzoek contact opneemt met de schuldeiser en hem vraagt de executie te staken totdat op het Wsnp-verzoek is beslist. Dat is verklaarbaar in die zin dat een dergelijke regel in het burgerlijk (proces)recht niet bestaat. Algemeen wordt aangenomen dat het ‘rauwelijks dagvaarden’ van een wederpartij niet tot niet-ontvankelijkverklaring van de eisende partij kan leiden.³⁹ Daar staat tegenover dat bij ‘rauwelijks dagvaarden’ de proceskosten veelal worden gecompenseerd als blijkt dat het aanmanen van de wederpartij (debiteur) tot voldoening van de bij de dagvaarding ingestelde vordering had geleid.⁴⁰ Opvallend is dat de minister recent heeft gesteld dat een schuldeiser een schuldenaar niet rawelijks mag dagvaarden omdat hij eerst moet hebben geprobeerd zijn vordering buiten rechte te innen.⁴¹

Hoewel rawelijks dagvaarden dus is toegestaan, zou bij art. 287 lid 4-verzoeken vooroverleg voorgeschreven moeten worden. Allereerst geldt dat de wetgever een traject voorafgaand aan een schuldsaneringsregeling heeft voorgeschreven inhoudende dat de schuldenaar moet proberen een regeling met zijn schuldeisers te treffen (art. 288 lid 2 onder b en 285 lid 1 onder f). Dit betekent reeds dat de schuldenaar contact opneemt met zijn schuldeisers. Het ligt voor de hand dat hij dat ook doet als een Wsnp-verzoek is ingediend en in afwachting van een beslissing op dat verzoek opschorting van executiemaatregelen noodzakelijk is. Ik acht het voorts in strijd met de tussen schuldenaar en schuldeiser

37 Bij dit procesreglement hoort een in 2012 vernieuwd modelverzoekschrift.

38 Zie par. 2.4.3 en 2.4.5.

39 Bijvoorbeeld Rb. Maastricht 15 juli 2005, *LJN* AT9478 en Rb. Gelderland 23 april 2014 *ECLI:NL:RBGEL:2014:3050*.

40 Bijvoorbeeld: Rb. Limburg 7 mei 2014, *ECLI:NL:RBLIM:2014:5933*.

41 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 418, nr. 5, p. 11.

bestaande verhouding welke door de eisen van redelijkheid en billijkheid worden beheerst (art. 6:2 en 248 BW). In de praktijk wordt niet altijd vooraf contact opgenomen met de schuldeiser tot wie het verzoek zich richt, terwijl overleg met de schuldeiser wel tot opschorting van executie of andere oplossing in der minne kan leiden.⁴² Overleg draagt aldus bij aan een beperking van het aantal zaken waarin een beroep op de rechter wordt gedaan. Het past ten slotte bij het systeem en de aard van het insolventieprocesrecht om dit maatschappelijk belang mee te wegen. Het verdient daarom sterk aanbeveling in de wet op te nemen dat de schuldenaar zijn verzoek eerst aan de schuldeiser voorlegt alvorens een 287 lid 4-verzoek in te dienen. Indien niet aan die voorwaarde is voldaan zou de verzoeker niet-ontvankelijk moeten worden verklaard in het 287 lid 4-verzoek.⁴³ Dit past bij de in hoofdstuk 2 beschreven aandacht in het burgerlijk procesrecht voor de zogeheten voorfase. De gedachte daarbij is dat het procesrecht, ter bevordering van een efficiënte en snelle afwikkeling van de procedure, partijen moet dwingen om in een zo vroeg mogelijk stadium hun kaarten volledig op tafel te leggen.⁴⁴

Op grond van art. 4 onder i Wet griffierechten burgerlijke zaken is geen griffierecht verschuldigd voor het indienen van een Wsnp-verzoek. Omdat het 287 lid 4-verzoek onderdeel uitmaakt van het Wsnp-verzoek, geldt daarvoor hetzelfde.

3.4.2.2 WIJZIGING VAN HET 287 LID 4-VERZOEK

Interessant is de vraag of en zo ja, tot welk tijdstip het 287 lid 4-verzoek kan worden gewijzigd. In kort geding is vermeerdering of wijziging van de eis mogelijk. Deze kan slechts worden geweigerd indien zij in strijd is met de eisen van een goede procesorde (art. 130 Rv). Aangenomen wordt dat de wijziging tijdens de mondelinge behandeling kan worden verzocht. Dit geldt tevens in verzoekschriftprocedures. Aan vermindering van het verzoek worden in art. 283 Rv geen eisen gesteld. Aangenomen wordt dat dit zowel schriftelijk als mondeling kan omdat de belanghebbende daardoor niet in zijn belang wordt geschaad. Om die reden geldt dat vermindering van het verzoek en van de gronden van het verzoek eveneens mogelijk zijn zonder dat in de procedure een belanghebbende verschenen is. Verzoeker kan het verzoek veranderen of vermeerderen (art. 283 Rv). Dat moet in beginsel schriftelijk en de belanghebbende moet zijn verschenen. Onder omstandigheden kan die verandering of vermeerdering mondeling.⁴⁵ Het moet dan gaan om situaties waarin andere belanghebbenden niet onredelijk worden bemoeilijkt in het voeren van verweer tegen het gewijzigde verzoek.⁴⁶ Het ligt voor de hand om wijziging van een 287 lid 4-verzoek te beoordeling aan de hand van deze maatstaf.

⁴² Zie Hoekstra 2011, p. 20.

⁴³ Vgl. art. 6:240 BW. Daarin is bepaald dat een daar omschreven belangenorganisatie algemene voorwaarden ter toetsing aan de rechter kan voorleggen. Lid 4 van dat artikel bepaalt dat, voordat die vordering wordt ingesteld, de gebruiker van de algemene voorwaarden de gelegenheid dient te worden geboden de algemene voorwaarden in onderling overleg te wijzigen op straffe van niet-ontvankelijkverklaring.

⁴⁴ Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011, p. 9 en Asser, Groen & Vranken 2003, hoofdstuk 7.

⁴⁵ Van Mierlo 2014, (T&C Rv), art. 283 Rv, aant. 3.

⁴⁶ Van Mierlo 2014, (T&C Rv), art. 283 Rv, aant. 3.

Hierna komt aan de orde of de belanghebbende – art. 287 lid 4 bepaalt dit niet – moet worden opgeroepen teneinde op het verzoek te worden gehoord. Indien geoordeeld wordt dat belanghebbenden niet te hoeven worden opgeroepen, geldt dat vermeerdering van het verzoek te allen tijde mogelijk is.

3.4.2.3 WIJZIGINGSVERZOEK

In de Faillissementswet is niet bepaald dat een eenmaal op grond van art. 287 lid 4 getroffen voorziening door de rechter gewijzigd of ingetrokken kan worden. Is dit desondanks mogelijk? Hier kan een vergelijking met de procedure van art. 223 Rv gemaakt worden. Art. 223 Rv ziet immers eveneens op het treffen van een voorlopige voorziening voor de duur van de hoofdprocedure. Daarbij geldt dat de voorziening verband moet houden met de hoofdvordering(en). Dit is bepaald in art. 223 lid 2 Rv. De voorziening kan verder gaan en strekken tot toewijzing van hetgeen in de hoofdzaak wordt gevorderd.⁴⁷

Art. 223 Rv bepaalt evenmin dat wijziging van een eenmaal getroffen voorziening verzocht of gevorderd kan worden. Door Snijders wordt aangenomen dat het desondanks wel mogelijk is een incidentele vordering tot wijziging van een eerder getroffen voorziening ex art. 223 Rv in te dienen.⁴⁸ Bij de beoordeling van een vordering tot wijziging (of intrekking) van een eerder getroffen voorziening moet in beginsel worden uitgegaan van de gegeven voorlopige voorziening en de daaraan ten grondslag liggende vaststellingen en oordelen. Wie wijziging (of intrekking) vordert zal er, aldus Snijders, goed aan doen feiten en omstandigheden aan zijn vordering ten grondslag te leggen die bij de eerder gegeven voorlopige voorziening niet in aanmerking konden worden genomen doordat zij zich eerst na het geven van die voorziening hebben voorgedaan, en die kunnen rechtvaardigen dat die voorziening wordt gewijzigd.⁴⁹ Een andere vergelijkbare procedure is die van art. 821 Rv e.v. Daarin wordt een regeling voor het treffen van voorlopige voorzieningen in het kader van een echtscheidingsprocedure gegeven. In art. 821 lid 1 Rv is bepaald dat een voorlopige voorziening tevens kan worden gevraagd indien een voorziening is gegeven.⁵⁰ Dat kan indien (i) de omstandigheden na de beschikking in zodanige mate zijn gewijzigd of (ii) bij het geven van de beschikking in zodanige mate van onjuiste gegevens is uitgegaan dat, alle betrokken belangen in aanmerking genomen, de voorziening niet in stand kan blijven (art. 824 lid 1 Rv).

Gelet op genoemd art. 821 Rv is verdedigbaar dat een wijziging van een eerder getroffen voorziening ex art. 287 lid 4 kan worden gevraagd. In de praktijk zal overigens niet snel behoefte bestaan aan het wijzigen van een op grond van art. 287 lid 4 gegeven voorlopige voorziening. De beslissing op het ‘onderliggende’ Wsnp-verzoek zal in de regel immers niet lang duren. Aangezien niet volledig uitgesloten is dat die beslissing op zich laat wachten, is het

47 Voor 1 januari 2002 (art. 51 Rv oud) heeft hierover een tijdlang verschil van opvatting bestaan, zie de conclusie van de AG voor het arrest van de Hoge Raad van 14 november 1997, *LJN* ZC2489, *NJ* 1998/113, achter 7. Zie par. 2.4.5.

48 G. Snijders, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 223, aant. 5.

49 Vgl. in dit verband HR 30 mei 2008, *LJN* BC5012, *NJ* 2008/311. Dit betrof het incident ex art. 234 en 235 Rv (alsnog uitvoerbaarbijvoorraadverklaring en alsnog zekerheidstelling).

50 Zie Hof 's-Gravenhage 22 december 2004, *LJN* AR8660.

desalniettemin wenselijk dat in art. 287 lid 4 wordt opgenomen dat een getroffen voorziening gewijzigd kan worden. Hierbij kan art. 824 Rv als uitgangspunt dienen.

3.4.3 *Horen van belanghebbende(n) – hoor en wederhoor?*

Een 287 lid 4-verzoek heeft steeds betrekking op een schuldeiser van de verzoeker. Deze schuldeiser kan als wederpartij worden gezien. Ik noem deze hierna ook belanghebbende omdat sprake is van een verzoekschriftprocedure. Art. 287 lid 4 bepaalt niet dat verzoeker en de belanghebbende schuldeiser moeten worden gehoord op het 287 lid 4-verzoek. Tijdens de parlementaire behandeling is hieraan geen aandacht besteed. Van een bewuste keus is daarom geen sprake.

Uit de onder de (destijds 19) rechtbanken gehouden Recofa-enquête blijkt dat belanghebbende schuldeiser bij de meeste rechtbanken (13) wel en bij de andere (6) niet wordt opgeroepen om op het 287 lid 4-verzoek te worden gehoord.⁵¹ Indien belanghebbende niet wordt opgeroepen, wordt het verzoekschrift evenmin ter zitting behandeld. Deze ongelijke wijze van behandeling van 287 lid 4-verzoeken is allerminst wenselijk.

De vraag of de belanghebbende moet worden gehoord kan vertaald worden in de vraag of het beginsel van hoor en wederhoor op de procedure van art. 287 lid 4 van toepassing is. In par. 2.5.9 is geconcludeerd dat de insolventierechter overeenkomstig dit beginsel moet handelen, tenzij de spoedeisendheid van de procedure dat verhindert. Nu het horen van belanghebbende schuldeiser niet is voorgeschreven en de jurisprudentie op dit punt niet eenduidig is, worden de argumenten pro en contra hierna geïnventariseerd en gewogen.

3.4.3.1 ARGUMENTEN TEGEN EEN HOORPLICHT IN 287 LID 4-PROCEDURES

Art. 287 lid 4 bepaalt niet dat belanghebbenden gehoord moeten worden. Onder het voor 1 januari 2008 geldende recht kon een schuldsaneringsregeling voorlopig van toepassing worden verklaard zonder dat belanghebbenden (schuldeisers) werden gehoord. Waar art. 287 lid 4 is ingevoerd ter compensatie van die voorlopige toepassing is verdedigbaar dat voor beslissing op een 287 lid 4-verzoek de betrokken schuldeiser niet hoeft te worden opgeroepen. Het oproepen van belanghebbenden zou afbreuk doen aan de vereiste spoedeisendheid.⁵² De belanghebbende kan in hoger beroep gaan van de beslissing op het 287 lid 4-verzoek. In dat hoger beroep wordt hij wel in de gelegenheid gesteld te worden gehoord. In die zin hebben de hoven Amsterdam en Leeuwarden geoordeeld.⁵³

Tevens kan betoogd worden dat oproeping in enigszins vergelijkbare procedures in het burgerlijk procesrecht evenmin is voorgeschreven. Verzoekschriften worden niet ter zitting behandeld indien de rechter zich aanstonds onbevoegd

⁵¹ Engberts (2014), p. 20. Voor jurisprudentie zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 7 januari 2009, FT RK 10.967 (niet gepubliceerd), Rb. Haarlem 25 februari 2009, *LJN* BH4071, Rb. Rotterdam 24 september 2009, *LJN* BJ9255 en Rb. 's-Gravenhage 7 mei 2010, *LJN* BM3716.

⁵² Hof Leeuwarden 7 oktober 2010, *LJN* BO1463.

⁵³ Hof Amsterdam 11 juli 2008, *LJN* BD7041 en Hof Leeuwarden 7 oktober 2010, *LJN* BO1463. Zie voorts Van der Winkel & Marsman 2011, p. 25 en 26.

verklaart of het verzoek toewijst. Verzoeken tot het leggen van conservatoir beslag (art. 700 Rv) worden in beginsel ‘op de stukken’ afgedaan.

3.4.3.2 ARGUMENTEN VOOR EEN HOORPLICHT IN 287 LID 4-PROCEDURES

De rechter moet blijkens de tekst van art. 287 lid 4 letten op de belangen van partijen. Dat kan slechts als de rechter de belangen van beide partijen kent. Ten tweede moet de belanghebbende bij de beoordeling van – vergelijkbare – verzoeken ex art. 287b wel worden opgeroepen. Het oproepen van de belanghebbende volgt uit het in art. 287b van toepassing verklaarde art. 287a lid 4.

Ten derde, en dat is het doorslaggevende argument, volgt de verplichting tot oproeping van de belanghebbende(n) uit het in hoofdstuk 2 besproken beginsel van hoor en wederhoor.⁵⁴ Dit beginsel vloeit voort uit art. 6 EVRM. Art. 6 EVRM heeft in Nederland directe werking.⁵⁵ De rechter dient nationale wettelijke bepalingen die onverenigbaar zijn met art. 6 EVRM ambtshalve buiten toepassing te laten.⁵⁶ Voldoet een rechtsingang tot civiele procedures niet aan voorwaarden en vereisten zoals die uit art. 6 EVRM voortvloeien, dan zal de wetgever de bestaande rechtsorde door middel van regelgeving moeten aanpassen.⁵⁷ Uit het in par. 2.5.9 beschreven Eurofood-arrest blijkt dat het beginsel geldt in procedures tot opening van een insolventieprocedure. De procedure van art. 287 lid 4 houdt in een procedure tot het treffen van voorlopige voorzieningen ‘hangende’ de behandeling van het (Wsnp-)verzoek tot opening van een insolventieprocedure en hangt dus nauw samen met de procedure tot toelating tot de schuldsaneringsregeling. Dat het 287 lid 4-verzoek met spoed behandeld moet worden kan het buiten toepassing laten van het beginsel van hoor en wederhoor rechtvaardigen. Die spoedeisendheid, althans de onmogelijkheid de belanghebbende te horen, kan worden gerelativeerd. Uit de Recofa-enquête zelf blijkt immers dat 13 van de destijds 19 rechtbanken het verzoek ondanks die spoed ter zitting (kunnen) behandelen, waartoe verzoeker en belanghebbende(n) worden opgeroepen.⁵⁸ Dit blijkt eveneens uit de jurisprudentie. In een zaak bij de Rechtbank Breda werd op 13 mei 2011 een 287 lid 4-verzoek ingediend in verband met een voor 17 mei 2011 geplande woningontruiming.⁵⁹ Ondanks deze korte termijn is het verzoek nog voor die ontruimingsdatum ter zitting behandeld met oproeping van de schuldeiser/verhuurder. Als er voldoende tijd en gelegenheid is voor behandeling van het verzoek ter zitting (zoals uit de Recofa-enquête blijkt) is het tevens mogelijk is de betrokken schuldeiser daarvoor op te roepen. Als die tijd werkelijk ontbreekt en direct op de stukken beslist moet worden is inperking van het recht om gehoord te worden wel gerechtvaardigd. In dat geval kan, zoals in de praktijk van het kort geding soms geschiedt, een tijdelijke voorziening worden gegeven die geldt tot aan de

54 Zie in dezelfde zin Wessels Insolventierecht IX 2012/9058c.

55 Onder ‘een ieder’ moeten tevens rechtspersonen worden verstaan. Zie EHRM 22 mei 1990, *NJ* 1991/739 en 740, m.nt. E.A. Alkema, HR 1 juni 1993, *NJ* 1994/52 en voor overige bronnen: Knigge 1998, p. 7.

56 Knigge, diss. 1998, p. 3.

57 Knigge, diss. 1998, p. 3.

58 Engberts 2014, p. 20.

59 Rb. Breda 16 mei 2011, *LJN* BR6509, *Prg.* 2011, 180.

zitting.⁶⁰ Hierna zal nog blijken dat in gevallen waarin niet op de behandeling ter zitting kan worden gewacht de voorziening ex art. 287b zonder mondelinge behandeling wordt gegeven en wel voor de tijd totdat op het verzoekschrift ex art. 287b is beslist.⁶¹ Boudewijn noemt tot slot nog een praktisch argument voor het horen van de schuldeiser. Hij wijst er namelijk op dat als de schuldeiser niet wordt gehoord op het 287 lid 4-verzoek het gevaar bestaat dat de executerende deurwaarder niet op de hoogte is van de beslissing op dat 287 lid 4-verzoek of dat die beslissing tussen de post ligt terwijl de executie die dag een aanvang neemt.⁶²

3.4.3.3 CONCLUSIE

De argumenten vóór het horen van verzoeker en de belang hebbende schuldeiser(s) leggen meer gewicht in de schaal dan de argumenten daartegen. Doorslaggevend is het grote belang dat is gediend met naleving van het beginsel van hoor en wederhoor. Dat dit beginsel tevens op het terrein van het insolventieprocesrecht geldt, blijkt uit de hiervoor besproken beslissing van het Europese Hof van Justitie in de Eurofood-zaak.

Tegen het voorgaande kan worden ingebracht dat de schuldeiser die het betreft hoger beroep kan instellen van een 287 lid 4-beschikking en dat hij dan gehoord kan worden. Dit doet aan het voorgaande niet af omdat de te geven voorziening – zie volgende paragraaf – naar haar aard onomkeerbare gevolgen voor die schuldeiser heeft.⁶³

Bij dit alles wordt tot uitgangspunt genomen dat toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor een mondelinge behandeling van het verzoek met oproeping van de belanghebbende (schuldeiser) impliceert. Hoewel dit niet lijkt te volgen uit de jurisprudentie van het EHRM ter zake van art. 6 EVRM (waarin dit beginsel is neergelegd),⁶⁴ geldt naar Nederlands recht in kort gedingen en de verzoekschriftprocedure (feitelijk) een recht op mondelinge behandeling.⁶⁵ Het spoedeisende karakter van de 287 lid 4-procedure brengt bovendien mee dat het op korte termijn behandelen van het verzoek ter zitting sterk de voorkeur verdient boven een schriftelijke procedure. Voor de vraag welke informatie bij de oproeping van de betrokken schuldeiser moet worden meegezonden wordt korthedshalve verwezen naar par. 4.2.2.2.

60 Een andere mogelijkheid is dat de schuldeiser in hoger beroep gaat om de spoedeisende maatregel te betwisten. Dat is echter veel tijdrovender (en duurder).

61 Rb. Amsterdam 12 juni 2008, *LJN* BD6299.

62 Boudewijn 2008, p. 114.

63 Zie voorts Wessels Insolventierecht IX 2012/9058c onder verwijzing naar Boudewijn 2008, p. 113.

64 Apeldoorn 2009, p. 101. Zie EHRM 17 mei 2011, *LJN* BW5583, *NJ* 2012/307, m.nt. Van Kempen. Deze zaak betrof een beroep op de rechtbank na oplegging van een bestuurlijke boete wegens een verkeers-overtreding.

65 Uitzondering op deze hoofdregel is denkbaar. Zie Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 33. Voor wat betreft uitzonderingen valt te denken aan een procedure van administratieve aard waarbij waardering van (niet objectieveerbare) bewijsmiddelen niet aan de orde en het belang beperkt van omvang is. Het is denkbaar dat hoor en wederhoor in een dergelijke procedure worden gerealiseerd in een schriftelijke procedure. Zie Heemskerk in zijn noot onder HR 26 februari 1988, *NJ* 1989/2 en Van Kempen in zijn noot onder EHRM 17 mei 2011, *LJN* BW5583, *NJ* 2012/307. Of een mondelinge behandeling achterwege kan blijven hangt volgens laatstgenoemde af van de omstandigheden van het geval. Als het bewijs afkomstig is van een minder objectieve bron, zoals een verklaring van een getuige, zal een verweer daarover volgens hem eerder aanleiding geven tot een (openbare en) mondelinge behandeling. Ook de aard van de eventueel aan de orde zijnde sanctie speelt volgens hem een rol.

Tot slot nog een opmerking over de openbaarheid van zittingen. Uitgangspunt is dat zittingen op grond van de Faillissementswet openbaar zijn. Dit volgt uit het bepaalde in art. 6 EVRM.

De wens om zaken achter gesloten deuren te behandelen lijkt te worden ingegeven door de behoefte aan privacy en eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de schuldenaar. Dit overtuigt niet. Na toelating is het verzoekschrift met bijbehorende stukken (voor ieder) openbaar (art. 286). In een Wsnp-verzoek dienen de relevante persoonlijke omstandigheden te zijn opgenomen. Het kan zijn dat persoonlijke omstandigheden eerst op de toelatingszitting aan de orde komen. De schuldeiser heeft er in zoverre recht op deze te kennen dat hij moet kunnen nagaan of er gronden zijn om een verzoek tot tussentijdse beëindiging in te dienen omdat zaken zijn verzwegen of onjuist zijn voorgesteld (art. 350 lid 3 onder f). Op grond van het voorgaande is de conclusie dat de zitting waarop art. 287 lid 4 wordt behandeld openbaar is.⁶⁶

3.4.4 *De beslissing en de proceskosten*

De beslissing op het 287 lid 4-verzoek is een beschikking omdat sprake is van een beslissing op een verzoekschrift, omdat de wet niet anders bepaalt en omdat voor de mogelijkheid van het instellen van hoger beroep wordt verwezen naar bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering betreffende hoger beroep tegen beschikkingen.

Een toewijzende beschikking wordt steeds uitvoerbaar bij voorraad verklaard (zie de verwijzing naar art. 258 Rv in art. 287 lid 4).

De wet bepaalt niets omtrent veroordeling van de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten. In de jurisprudentie wordt deze vrijwel nooit gegeven.⁶⁷ Al dan niet overeenkomstige toepassing van art. 289 Rv betekent dat de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten veroordeeld kan worden. De Hoge Raad heeft in een arrest uit 2008 bepaald dat het ontbreken van een bepaling over proceskostenveroordeling niet in de weg hoeft te staan aan het uitspreken van een proceskostenveroordeling.⁶⁸

De conclusie is dat in 287 lid 4-procedures een proceskostenveroordeling kan worden uitgesproken met toepassing van art. 289 Rv. Een korte beschrijving van art. 289 Rv en de praktijk in de verzoekschriftprocedure ex titel 3 is daarom op zijn plaats.

Art. 289 Rv bepaalt dat de eindbeschikking een veroordeling in de proceskosten ‘kan’ inhouden. De proceskostenveroordeling kan ambtshalve worden uitgesproken. De losse formulering hangt samen met het feit dat sprake kan zijn van eenzijdige verzoekschriften waarbij geen (duidelijke) wederpartij kan worden aangewezen.⁶⁹ Er zijn echter verzoekschriftprocedures waarin een

⁶⁶ Voor de wijze van oproepen van verzoeker en belanghebbenden en verzoeken tot aanhouding van de mondelinge behandeling wordt verwezen naar par. 4.4.2.

⁶⁷ Voor een geval waarin verzoeker bij afwijzing van het 287b-verzoek in de proceskosten werd veroordeeld, zie Rb. Amsterdam 20 augustus 2008, *LJN* BG4436.

⁶⁸ HR 11 april 2008, *LJN* BC2721, *NJ* 2008/221. Zie par. 2.5.2.

⁶⁹ Uit jurisprudentie van de Hoge Raad van voor 1 januari 2002 blijkt dat het aan het inzicht van de rechter die over de feiten oordeelt is overgelaten of hij aanleiding vindt in het gegeven geval een veroordeling in de proceskosten uit te spreken: HR 11 februari 2000, *NJ* 2000/239 en zie voor een insolventieprocedure: HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998/68.

duidelijke tegenpartij kan worden aangewezen en welke met de contentieuze procedure overeenkomst vertonen. In dit soort gevallen is het redelijk dat de rechter een kostenveroordeling kan uitspreken. Een proceskostenveroordeling is geen sanctie maar een rechtsgevolg van procesverlies en – in de woorden van Van der Wiel – als een billijke risicotoedeling te beschouwen.⁷⁰ Nodeloos gemaakte kosten komen voor rekening van de partij die deze veroorzaakte.⁷¹ Volgens Snijders, Klaassen en Meijer is een (proces)kostenveroordeling in een verzoekschriftprocedure meer uitzondering dan regel.⁷²

De hoogte van de proceskostenveroordeling wordt, in zaken waarin geen sprake is van verplichte procesvertegenwoordiging maar een procespartij wel vertegenwoordigd wordt door een gemachtigde, bepaald aan de hand van het liquidatietarief voor kantonzaken alsook het aantal en de aard van de verrichte proceshandelingen. Voor het opstellen van een processtuk (dagvaarding, verzoekschrift, verweerschrift, conclusie e.d.) wordt één punt toegekend. Voor het verschijnen ter zitting eveneens. De rechter is bij het bepalen van de hoogte van de proceskostenveroordeling niet gebonden aan het (desbetreffende) liquidatietarief.⁷³ In de praktijk wordt de hoogte ervan wel aan de hand van dat tarief bepaald. Indien een procespartij zelf procedeert kan aan hem op grond van art. 239 Rv een vergoeding van reis-, verblijf en/of verletkosten worden toegekend. Verletkosten zijn gederfde inkomsten. Het gaat meestal om de kosten voor het opnemen van verlof (bij de werkgever van de procespartij) ten behoeve van de zitting. Verblijfkosten zullen niet snel aan de orde zijn.

Hoe kan dit in de procedure van art. 287 lid 4 worden toegepast? In dezen staat het recht van de schuldeiser tot uitoefening van zijn rechten tegenover een door de schuldenaar gestelde sociale noodsituatie op grond waarvan de schuldenaar een voorziening vraagt teneinde de te verwachten schuldsaneringsregeling goed te kunnen doorlopen. Deze voorziening strekt tot het tijdelijk opschorten van executiemaatregelen door de schuldeiser. Gelet op de aldus te kenschetsen aard van het geschil lijkt terughoudendheid bij het uitspreken van een proceskostenveroordeling in 287 lid 4-zaken op haar plaats. De rechter heeft deze ruimte omdat het in het overeenkomstig toe te passen art. 289 Rv aan zijn inzicht is overgelaten of hij aanleiding ziet voor een dergelijke veroordeling. Slechts indien een van partijen zich schuldig maakt aan misbruik van procesrecht lijkt een veroordeling in de proceskosten aangewezen.

3.5 Het beoordelingscriterium: ‘in spoedeisende zaken’

3.5.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt nagegaan welke maatstaf bij de beoordeling van een 287 lid 4-verzoek moet worden gehanteerd. Het insolventieprocesrecht biedt hier geen houvast. De wetgever heeft ongetwijfeld art. 254 Rv als voorbeeld gebruikt

⁷⁰ Van der Wiel 2004, p. 328 en 331.

⁷¹ Van der Wiel 2004, p. 328 en 331.

⁷² Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 122.

⁷³ Van Mierlo 2014, (T&C Rv), art. 289, aant. 2 en HR 20 maart 2009, *LJN* BG7995, *NJ* 2009/234, m.nt. S.F.M. Wortmann.

toen art. 287 lid 4 werd opgesteld. De eerste volzin van art. 287 lid 4 is vrijwel gelijk aan die van art. 254 lid 1 Rv. Art. 254 lid 1 Rv luidt als volgt: 'In alle spoedeisende zaken waarin, gelet op de belangen van partijen, een onmiddellijke voorziening bij voorraad wordt vereist, is de voorzieningenrechter bevoegd deze te geven.'

In art. 287 lid 4 worden voorts de art. 256 en 257 Rv van toepassing verklaard. Daaruit volgt dat het verzoek geschikt moet zijn om in kort geding te beslissen (art. 256 Rv) en dat de (toewijzende) beslissing op het verzoek geen nadeel aan de zaak ten principale toebrengt (art. 257 Rv). De laatste bepaling richt zich tot de bodemrechter, de rechter die op het Wsnp-verzoek beslist, en is daarom hier niet van belang. Art. 256 en 257 Rv betreffen kortgedingprocedures. Het beoordelingscriterium van de vordering in kort geding zal daarom bezien worden.

De toepasselijkverklaring van bepalingen over het kort geding is minder voor de hand liggend omdat bij art. 287 lid 4 geen sprake is van een op zichzelf staande voorlopigevoorzieningenprocedure maar van een procedure tot het treffen van voorlopige voorzieningen in het kader van een lopende bodemprocedure. Die bodemprocedure is de behandeling van het Wsnp-verzoek. Het had daarom meer voor de hand gelegen indien art. 223 Rv van toepassing was verklaard. Deze bepaling biedt immers de grondslag voor het treffen van voorlopige voorzieningen voor de duur van een dagvaardingsprocedure. Het beoordelingscriterium van art. 223 Rv wordt daarom tevens besproken.

3.5.2 *De beoordeling van vorderingen ex art. 254, 438 en 223 Rv*

Deze paragraaf beschrijft de beoordelingscriteria in kort geding of in het incident ex art. 223 Rv.

Art. 254 Rv bepaalt dat de voorzieningenrechter in alle spoedeisende zaken, lettende op de belangen van partijen, bevoegd is een onmiddellijke voorziening bij voorraad te geven. Het spoedeisend belang van de eiser staat daarbij centraal. De rechter zal dit element ambtshalve beoordelen.⁷⁴

Uitgaande van het recht of de vordering van eiser zal de kortgedingrechter een belangenafweging maken. De gewone regels van stelplicht, bewijslast en bewijs zijn daarbij niet van toepassing.⁷⁵

Het gaat enerzijds om het belang van de eisende partij bij de gevraagde voorziening (of desnoods een minder verstrekende voorziening) en anderzijds het belang van gedaagde partij bij het achterwege blijven van een dergelijke maatregel (van tijdelijke aard). Deze afweging staat niet los van de voorlopige visie op hetgeen rechtens is (ook wel het timmermansoog genoemd).⁷⁶ De

⁷⁴ HR 2 februari 1968, *NJ* 1968/62.

⁷⁵ Zie bijvoorbeeld HR 29 januari 1943, *NJ* 1943/198, HR 5 december 1952, *NJ* 1953/767, HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999/682, m.nt. J.B.M. Vranken en, voor wat betreft bewijslastverdeling en weigering van de gevraagde voorziening in verband met noodzaak tot nadere bewijslevering, HR 21 april 1978, *NJ* 1979/194, m.nt. W.H. Heemskerk.

⁷⁶ H.J.R. Kaptein, 'Scholtens rechterlijke sprong langs de meetlat van de logica', in: E. Lissenberg e.a. (redactie), *De actualiteit van Paul Scholten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996, p. 80.

voorzieningenrechter is niet verplicht tot een prognose over de uitkomst in de hoofdzaak,⁷⁷ maar kan daaraan niet zonder nadere motivering voorbijgaan.⁷⁸

Leidraad voor de voorzieningenrechter is voorts dat de te geven voorziening niet verder zal gaan dan met het oog op de beslissing in het bodemgeschil nodig en verantwoord is. De voorzieningenrechter kan een voorziening treffen die de gewone rechter niet zou mogen geven.⁷⁹

De enkele omstandigheid dat de eisende partij geruime tijd heeft laten verlopen voordat hij in kort geding een vordering (verbod) instelde, kan een rol spelen bij de afweging van de belangen van de partijen,⁸⁰ maar hoeft de kortgedingrechter er niet van te weerhouden een spoedeisend belang aan te nemen.⁸¹ Het spoedeisend belang wordt dus gerelateerd aan een belangenafweging van beide partijen. Het gaat niet (enkel) om een absoluut spoedeisend belang, maar om spoedeisendheid in relatie tot het belang van de wederpartij. Die samenhang bestaat onder meer daaruit dat naarmate er minder zekerheid bestaat omtrent de rechtspositie van partijen de belangenafweging zwaarder weegt. De geneigdheid van de voorzieningenrechter een zaak spoedeisend te achten en een voorziening te geven groeit, naarmate de belangenafweging duidelijker ten voordele van de eiser uitvalt.⁸² De ingewikkeldheid van de rechtsvraag is geen grond voor weigering van de voorziening.⁸³

Op grond van art. 438 Rv kan de voorzieningenrechter de executie (voor bepaalde tijd) schorsen of een beslag opheffen.

De voorzieningenrechter zal daartoe bijvoorbeeld overgaan als sprake is van misbruik van executiebevoegdheid.⁸⁴

De eventueel op grond van art. 223 Rv te geven voorziening moet samenhangen met de hoofdvordering (art. 223 lid 2 Rv). In art. 223 Rv wordt niet geëist dat de eisende partij in het incident een spoedeisend belang heeft bij de hoofdvordering.⁸⁵ De eiser moet uiteraard belang hebben bij de incidentele vordering (zie art. 3:303 BW). Dit belang houdt volgens de Hoge Raad in dat van de eiser niet verlangd kan worden dat hij de afloop van de bodemzaak afwacht.⁸⁶ Literatuur en jurisprudentie zijn verdeeld over de vraag of hieruit kan of moet worden afgeleid dat per saldo sprake moet zijn van een spoedeisend belang.⁸⁷ In de praktijk lijkt de spoedeisendheid een belangrijk element te zijn.⁸⁸

77 HR 15 januari 1999, *NJ* 1999, 665, r.o. 3.3.2; m.nt. D.W.F. Verkade.

78 HR 18 september 1987, *NJ* 1988/112. Zie Tjong Tjin Tai, 'Executiegescil en incidenteel verzoek tot schorsing', *TCR* 2009, 1, par. 6. Volgens hem wordt in kort geding wel verwacht dat de voorzieningenrechter anticipeert op de beslissing in een eventuele bodemprocedure.

79 Blaauw 2002, p. 18.

80 HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 78, r.o. 3.4.

81 HR 29 juni 2001, *NJ* 2001/602, m.nt. D.W.F. Verkade.

82 B.J. Asscher, 'Spoed is goed, haast niet', in Overdijk e.a. (red.), *Onverwijld spoed*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 43 en Zonderland 1971, p. 19.

83 HR 2 april 1993, *NJ* 1994/650, m.nt. J.C. Schultsz.

84 Zie hierover par. 2.4.4.

85 Zie G. Snijders, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 223, aant. 10.

86 Zie HR 14 november 1997, *LJN* ZC2489, *NJ* 1998/113 r.o. 3.4.

87 Zie o.a. de conclusie AG De Vries Lentsch-Kostense voor HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 113, achter 7: een zeker spoedeisend dan wel dringend belang is vereist. Van Maanen 2012, (T&C Rv), art. 223 Rv, aant. 2c en Van Dam-Lely 2014, (T&C Rv), art. 223 Rv, aant. 2c gaan uit van een 'voldoende belang', welke eis als minder zwaar wordt gezien dan de eis van een spoedeisend belang in kort geding. Voorts P.J.M. von Schmidt auf Altendorf, *TCR* 2003, p. 39. Volgens hem is spoedeisendheid niet onmisbaar, maar wel een factor die moet worden meegewogen bij de beoordeling van de toewijsbaarheid van de vordering. Van Dam-Lely 2012, p. 84: is van mening dat de spoedeisendheid wordt geacht te zijn begrepen in het belangvereiste van art. 3:303 BW.

88 Zie Den Besten 2007, p. 229.

Indien de betrokken aanspraak (de hoofdvordering) in voldoende mate vaststaat, kan dat op zichzelf voldoende reden zijn om vooruit te lopen op de einduitspraak in het geschil. Hetzelfde geldt als er grond bestaat voor bewarende maatregelen. Daarbij valt volgens G. Snijders niet steeds een spoedeisend belang te verlangen. G. Snijders erkent dat de aanwezigheid van een spoedeisend belang nogal eens voor het bestaan van een voldoende (dringend) belang bij een voorlopige voorziening doorslaggevend zal zijn. In die jurisprudentie wordt inderdaad van spoedeisend belang gesproken,⁸⁹ maar ook van een ‘dringend belang’⁹⁰ of uitdrukkelijk niet van spoedeisend belang maar van voldoende belang.⁹¹

De rechter die dient te oordelen over een provisionele vordering bevindt zich in een vergelijkbare situatie als de kortgedingrechter. Immers, hij dient op korte termijn een beslissing te geven op de ingestelde provisionele vordering en het bewijsrecht leent zich over het algemeen niet voor integrale toepassing. Aangenomen wordt daarom dat de rechter die op een provisionele vordering dient te beslissen evenmin is gebonden aan de wettelijke regels van het bewijsrecht.⁹²

Samenvattend geldt bij de beoordeling van vorderingen ex art. 223 Rv het volgende. De rechter die dient te beslissen over een provisionele vordering moet beoordelen of de eiser in het incident een (processueel, dringend of spoedeisend) belang heeft bij zijn vordering en vervolgens de belangen van partijen afwegen tegen de achtergrond van de te verwachten resterende duur van de hoofdzaak en de proceskansen. Hij hoeft geen bewijslevering te gelasten indien stellingen zijn betwist, maar hij is daartoe wel bevoegd. De rechter kan zijn oordeel baseren op hetgeen hij (voldoende) aannemelijk acht en is niet gebonden aan de regels van bewijsrecht. Als de uitkomst in de hoofdzaak ongewis is, zal de voorziening over het algemeen worden afgewezen. Op dit punt bestaat geen of weinig verschil met de vordering in kort geding.⁹³

3.5.3 *Doorwerking naar de beoordeling van 287 lid 4-verzoeken*

Art. 287 lid 4 geeft de insolventierechter de bevoegdheid een voorlopige voorziening te treffen in spoedeisende zaken. Daarbij moet gelet worden op de belangen van partijen. De voorziening betreft, zo valt uit de wetsgeschiedenis op te maken, de periode totdat op dat Wsnp-verzoek is beslist. Dit blijkt tevens uit het voorschrift dat het 287 lid 4-verzoek wordt gedaan in een Wsnp-verzoek. De tekst en strekking van art. 287 lid 4 in ogenschouw nemend, geldt dat de insolventierechter bij de beoordeling van een 287 lid 4-verzoek het volgende moet betrekken:

- a. de vraag of toelating tot de schuldsaneringsregeling waarschijnlijk is,

89 Bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 27 oktober 2010, *LJN* BO4104: spoedeisend belang in de zin van processueel belang zoals vereist in een op artikel 223 Rv gebaseerde procedure.

90 Rb. Utrecht 24 juni 2009, *LJN* BJ1972.

91 Rb. Zwolle 5 december 2007, *LJN* BC7041, *NJF* 2008/177.

92 Zie ten aanzien van het Micallef-arrest van het EHRM uit 2009 par. 3.3.4. HR 29 november 2002, *LJN* AE7005, *NJ* 2003/50: ‘Het onderdeel faalt, omdat de rechter die over een provisionele vordering moet beslissen, niet gehouden is bewijslevering te gelasten. De provisionele voorziening is immers voorlopig van karakter en bindt de rechter in de hoofdzaak niet.’ Zie Den Besten 2007, p. 230.

93 Zo ook G. Snijders, *Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 223, aant. 11.

- b. de vraag hoe lang het duurt voordat op het Wsnp-verzoek kan worden beslist,
- c. het belang van verzoeker bij de voorziening (dit te relateren aan de mogelijkheid de aanstaande, waarschijnlijke schuldsaneringsregeling met succes te doorlopen),
- d. het belang van de schuldeiser bij (voortzetting van) de executie.

De gewone regels van stelplicht, bewijslast en bewijs zijn daarbij niet van toepassing, hetgeen past binnen het gegeven procedurele kader en in het bijzonder bij het systeem en de aard van het insolventieprocesrecht.

a. Indien het Wsnp-verzoek waarschijnlijk wordt afgewezen heeft verzoeker geen belang bij de te treffen voorlopige voorzieningen.⁹⁴ Het verzoek wordt dan afgewezen. Dit is vaste rechtspraak en komt vrijwel overeen met hetgeen in kort geding geldt. De kortgedingrechter is volgens de Hoge Raad weliswaar niet verplicht tot een prognose over de uitkomst in de hoofdzaak, maar kan daaraan niet zonder nadere motivering voorbijgaan.⁹⁵ Vooral bij toewijzende beslissingen geldt dat deze over het algemeen niet mogelijk zijn zonder voorlopige visie op het rechtmatigheidsgehalte van de vordering.

b. Er moet sprake zijn van spoedeisendheid. Uit art. 3.2.2.3 Procesreglement insolventiezaken blijkt niet alleen dat dit (inderdaad) onderdeel van het beoordelingscriterium is maar ook dat verzoeker dit dient te onderbouwen met stukken. Dit volgt ook uit de rechtspraak. Bij gebreke van die onderbouwing volgt niet-ontvankelijkverklaring⁹⁶ of afwijzing van het verzoek.⁹⁷ Niet-ontvankelijkverklaring ligt mijns inziens minder voor de hand. Voor niet-ontvankelijkverklaring is aanleiding als het verzoek niet kan slagen om een processuele reden die buiten het geschil is gelegen. Gedacht moet dan worden aan het verlopen van een appeltermijn of het als voogd instellen van een vordering zonder vereiste machtiging van de kantonrechter (art. 1:349 BW). Het verzoek wordt afgewezen als dit ongegrond of onbewezen is.⁹⁸ De Hoge Raad heeft in een arrest in 2010 bepaald dat niet-ontvankelijkverklaring in cassatie slechts aan de orde is als hij (de Hoge Raad) op processuele gronden niet toekomt aan een behandeling ten principale.⁹⁹

c. Het belang van verzoeker bij de gevraagde voorziening betreft niet die voorziening als zodanig, maar het succesvol kunnen doorlopen van de schuldsaneringsregeling.¹⁰⁰ Bij het met art. 287 lid 4 vergelijkbare art. 223 Rv gaat het om de vraag of van de verzoeker verlangd kan worden dat hij de afloop van de bodemzaak afwacht.¹⁰¹

94 Rb. Utrecht 25 augustus 2011, *LJN* BR5878, Rb. Haarlem 24 november 2008, *LJN* BG5159, Rb. Haarlem 27 januari 2010, *LJN* BL0813, *TvS* 2010, 306 en Rb. Rotterdam 2 april 2014, *ECLI:NL:RBROT:2014:2649*.

95 Zie par. 2.4.3.

96 Rb. Rotterdam 7 februari 2008, *LJN* BC4314, Rb. Amsterdam 20 februari 2008, *LJN* BC5888 en Rb. Utrecht 25 augustus 2011, *LJN* BR5878.

97 Rb. Utrecht 3 september 2009, *LJN* BJ7086, *TvS* 2010, 304.

98 Hugenholtz/Heemskerk 2009, p. 126.

99 HR 9 juli 2010, *LJN* BM2337.

100 Rb. Haarlem 17 november 2010, *LJN* BO6305, *TvS* 2011, 337.

101 Zie HR 14 november 1997, *LJN* ZC2489, *NJ* 1998/113 r.o. 3.4. Dit criterium wordt sindsdien in de lagere rechtspraak toegepast. Zie bijvoorbeeld Rb. Haarlem 28 maart 2007, *LJN* BA2928, r.o. 3.5, Rb. Zutphen 17 januari 2007, *LJN* BA4428, r.o. 3.1, Rb. Arnhem 2 november 2005, *LJN* AU9198, r.o. 10, Rb. Arnhem 23 juli 2003, *NJ* 2003/733, r.o. 3.1.

Uit de jurisprudentie blijkt dat het belang van verzoeker vrijwel steeds is besloten in de aard van de gevraagde voorziening. Aangenomen mag worden dat de voorziening niet zo ver hoeft te strekken dat verzoeker in een betere positie komt te verkeren dan in de – verwachte – schuldsaneringsregeling. Hier kan tevens een parallel met het kort geding worden getrokken. Leidraad voor de ‘gewone’ voorzieningenrechter is immers dat de te geven voorziening niet verder zal gaan dan met het oog op de beslissing in het bodemgeschil nodig en verantwoord is.

Bij 287 lid 4-verzoeken betreffende beslaglegging op (on)roerende zaken komt dat in enkele uitspraken uitdrukkelijk aan de orde. Het gaat daarin om de vraag wat er met het beslag c.q. de beslagen goederen in een (verwachte) schuldsaneringsregeling zal gebeuren.¹⁰² Een uitspraak van de Rechtbank Haarlem illustreert dit. Het betrof de beslaglegging op een auto van verzoeker door de belastingdienst.¹⁰³ De rechtbank wees het verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening terzake dit beslag af omdat verzoeker deze auto in een schuldsaneringsregeling (volgens de rechtbank) niet zou mogen behouden. Tevens werd overwogen dat verzoeker bij een autoverhuurbedrijf werkte zodat aannemelijk was dat na verkoop van de auto een passende oplossing kon worden gevonden en verzoeker verder kon gaan met zijn werkzaamheden. Hieruit kan worden afgeleid dat van belang is of verzoeker zijn inkomen door de beslaglegging kwijt zou raken.

Het is aan de andere kant niet zo dat de voorziening er in beginsel toe zou moeten strekken de verzoeker in dezelfde positie te brengen als tijdens een schuldsaneringsregeling. Dit is althans af te leiden uit een uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage.¹⁰⁴ Daarin oordeelde de rechtbank dat art. 287 lid 4 is bedoeld om een noodmaatregel te treffen in verband met de primaire levensbehoeften zoals woonruimte, levering van gas, water en elektriciteit en het kunnen beschikken over de (strikt) noodzakelijke woninginrichting. Het ging in die zaak om beslaglegging op inboedelzaken. De rechtbank legde bij de beoordeling van het verzoek tot een verbod op de executie van die zaken een verband met de art. 447 en 448 Rv. In die artikelen is bepaald dat op bepaalde roerende zaken geen beslag gelegd kan worden. Het gaat onder meer om het bed en beddengoed van de schuldenaar en diens gezin, de kleren die zij aan hebben, een voorraad eten en drinken voor één maand en gereedschappen van ambachtslieden en werklieden. De rechtbank wees vervolgens een aantal van de in beslag genomen goederen aan als zijnde noodzakelijk voor de primaire levensbehoeften.

Bij executie van rechterlijke uitspraken kan sprake zijn van misbruik van bevoegdheid, zoals is beslist in het standaardarrest Ritzen/Hoekstra van de Hoge Raad.¹⁰⁵ In de jurisprudentie zijn gevallen bekend waarin beslag op inboedel niet wordt gelegd met de intentie daadwerkelijk tot verkoop daarvan over te gaan, maar enkel om druk uit te oefenen op de schuldenaar. Dit is een oneigenlijk gebruik van de bevoegdheid tot beslaglegging. Indien beslag wordt

102 Zie voorts – nog te bespreken – Rb. Haarlem 10 november 2010, *LJN* BO4561. Dit betrof een executieveiling van een woning.

103 Rb. Haarlem 25 februari 2009, *LJN* BH4071.

104 Rb. 's-Gravenhage 29 november 2010, *LJN* BO9260, *TvS* 2011, 340.

105 HR 22 april 1983, *NJ* 1984/145, m.nt. W.H. Heemskerk. Zie par. 2.4.4.

gelegd op roerende zaken, bijvoorbeeld de inboedel, terwijl duidelijk is dat de te verwachten opbrengst bij executoriale verkoop niet of nauwelijks hoger is dan de executiekosten, wordt aangenomen dat misbruik wordt gemaakt van de executiebevoegdheid.¹⁰⁶ Er zijn geen uitspraken bekend waarin een 287 lid 4-verzoek tot schorsing (of opheffing) van beslag wordt toegewezen wegens misbruik van bevoegdheid.

Als de verzoeker in een (zeer) laat stadium een 287 lid 4-verzoek doet en de executie op (zeer) korte termijn zal aanvangen, weegt dat blijkens de jurisprudentie in zijn nadeel. Een uitspraak van de Rechtbank Haarlem uit 2010 illustreert dat. In die zaak werd schorsing van openbare verkoop van roerende zaken gevraagd.¹⁰⁷ Het verzoek werd onder andere afgewezen omdat verzoeker al twee maanden van de voorgenomen verkoop op de hoogte was en slechts drie dagen voor de desbetreffende datum het (Wsnp-)verzoek indiende. Deze uitspraak lijkt mij juist omdat verzoeker al geruime tijd van de openbare verkoop op de hoogte was. Ter nuancering zij erop gewezen dat het soms niet eenvoudig is een volledig Wsnp-verzoek in te dienen. Het late tijdstip waarop een 287 lid 4-verzoek wordt ingediend mag daarom op zichzelf genomen niet tot afwijzing daarvan leiden. Dit komt overeen met het hetgeen in kort geding geldt. De enkele omstandigheid dat de eisende partij geruime tijd heeft laten verlopen voordat hij in kort geding een vordering (tot het opleggen van een verbod) instelde, kan weliswaar een rol spelen bij de afweging van de belangen van de partijen, maar hoeft de kortgedingrechter er niet van te weerhouden een spoedeisend belang aan te nemen.

Het gaat om de vraag of en zo ja, in hoeverre de 287 lid 4-verzoeker van het late tijdstip van indienen een verwijt kan worden gemaakt en om de vraag of hij de schuldeiser erop gewezen heeft dat hij een Wsnp-verzoek gaat indienen en dat hij desnoods een 287 lid 4-verzoek zal doen.

d. Het belang van de schuldeiser bij voortzetting van de executie. Hierbij is relevant in hoeverre de schuldeiser reeds kosten heeft gemaakt om tot die tenuitvoerlegging te komen. Dit is de tegenhanger van de overweging dat verzoeker pas in een laat stadium zijn verzoek indient.

In de hiervoor genoemde zaak bij de Rechtbank 's-Gravenhage werd aangevoerd dat verkoop van zaken vlak voor de behandeling van het Wsnp-verzoek onevenredige benadeling van de overige schuldeisers zou opleveren. De rechtbank oordeelde dat bescherming van de belangen van de andere schuldeisers niet een belang is dat art. 287 lid 4 beoogt te beschermen.

Bij de beoordeling van 287 lid 4-verzoeken zijn de gewone regels omtrent stelplicht, bewijslast en bewijs niet van toepassing. Dit past bij het systeem en de aard van het insolventieprocesrecht alsmede bij de aard van het verzoek dat strekt tot het geven van voorlopige voorzieningen.

Voor de eventueel te treffen voorzieningen geldt:

- dat een verbod niet alleen mogelijk is bij een inbreuk maar ook bij een dreigende inbreuk;

¹⁰⁶ Bijvoorbeeld Rb. 's-Hertogenbosch 25 september 2007, *LJN* BB4653, Rb. Haarlem 16 juli 2010, *LJN* BJ3023 en Hof Leeuwarden 20 april 2010, *LJN* BM2233.

¹⁰⁷ Rb. Haarlem 27 januari 2010, *LJN* BL0813, *TvS* 2010, 306.

- dat de eventuele voorziening zich – evenals bij het ‘gewone kort geding’ – dient te richten op het behoud van de toestand tot aan de beslissing op het Wsnp-verzoek en niet verder gaat dan daarvoor nodig is;
- dat de gevraagde voorziening feitelijk onomkeerbare gevolgen heeft, is op zichzelf geen grond de voorziening ongeschikt te achten. Art. 257 Rv, waarnaar art. 287 lid 4 verwijst, richt zich niet tot de rechter in kort geding, maar tot de rechter die van het bodemgeschil kennisneemt;
- dat de rechter vrij is een minder vergaande voorziening als die gevorderd werd, te geven;
- dat de rechter de voorziening in tijd kan beperken en aan voorwaarden kan verbinden. Zo kan hij bepalen dat de voorziening vervalt bij het niet-voldoen aan een voorwaarde. Deze kan bijvoorbeeld luiden dat de lopende verplichtingen jegens de schuldeiser op wie de voorziening betrekking heeft (zoals de huursom) moeten worden voldaan;
- dat de noodzaak van een bevel tot opheffing op schorsing van een beslag *ex nunc* wordt vastgesteld.

3.6 De beschikking – de voorzieningen

In beginsel kan elke voorziening (jegens een schuldeiser) worden gevraagd. De belangrijkste beperking is daarin gelegen dat het moet gaan om een voorziening ter overbrugging van de periode tot de beslissing op het Wsnp-verzoek. Hierbij kan op een aantal punten een parallel worden getrokken met de in par. 2.4.2 besproken uitgangspunten bij het ‘gewone’ kort geding, inhoudende:

- dat een verbod niet alleen mogelijk is bij een inbreuk maar ook bij een dreigende inbreuk;¹⁰⁸
- dat de eventuele voorziening zich dient te richten op het behoud van de toestand tot aan de uitspraak in een eventuele bodemprocedure en niet verder mag gaan dan daarvoor nodig is;¹⁰⁹
- dat het feit dat de gevraagde voorziening feitelijk onomkeerbare gevolgen heeft op zichzelf geen grond is de voorziening ongeschikt te achten voor kort geding. Art. 257 Rv richt zich immers niet tot de rechter in kort geding, maar tot de rechter die van het bodemgeschil kennisneemt;¹¹⁰
- dat de voorzieningenrechter vrij is een minder vergaande voorziening als die gevorderd werd, te geven.¹¹¹

Aan de voorziening kunnen – evenals in kort geding – voorwaarden worden verbonden. De voorziening kan bijvoorbeeld gelden onder de voorwaarde dat periodiek verschuldigde termijnen aan de energie- of waterleveranciers of

¹⁰⁸ Zie o.a. HR 4 maart 1938, *NJ* 1938/948, HR 14 februari 1946, *NJ* 1947/155 en Blaauw 2002, p. 191.

¹⁰⁹ Blaauw 2002, p. 18.

¹¹⁰ HR 8 februari 1946, *NJ* 1946/166, ten aanzien van verwerking van grondstoffen, HR 12 februari 1947, *NJ* 1947/157, m.nt. E.M. Meijers, ten aanzien van plaatsing op een kieslijst en HR 11 februari 1994, *NJ* 1994/651, m.nt. H.J. Snijders, r.o. 3.3 ten aanzien van een uitspraak die in de plaats kan treden van medewerking aan de overdracht van een onroerende zaak.

¹¹¹ HR 29 oktober 1993, *NJ* 1994/107.

verhuurder worden voldaan.¹¹² Hierna wordt ingegaan op de diverse in de jurisprudentie voorkomende voorzieningen.

3.6.1 *Schorsing executie ontruimingsvonnis huurwoning*

In de jurisprudentie is schorsing van de ontruiming van een huurwoning de meest gevraagde voorziening.¹¹³ Tijdens de schuldsaneringsregeling kunnen vonnissen waarin de ontruiming van een huurwoning is bevolen niet ten uitvoer worden gelegd voorzover het gaat om vonnissen die zijn gewezen wegens wanbetaling (huurachterstand) door de schuldenaar. Dit is bepaald in art. 305 lid 1. Vooruitlopende op een schuldsaneringsregeling kan – met dit art. 305 als het ware in het achterhoofd – bij wijze van voorlopige voorziening worden bepaald dat een dergelijk ontruimingsvonnis niet ten uitvoer wordt gelegd. De gedachte daarbij is dat permanente huisvesting een primaire levensbehoefte is, bij gebreke waarvan de kans dat een schuldsaneringstraject met succes zal worden doorlopen aanmerkelijk afneemt en dat in dit kader het belang van de verhuurder om te ontruimen moest wijken voor het voornoemde zwaarwegende belang van schuldenaren.¹¹⁴ Uitgangspunt hierbij is uiteraard dat de lopende huurverplichtingen worden voldaan. Dit is voor de schuldsaneringsregeling in art. 305 neergelegd.

Opmerkelijk is een uitspraak van de Rechtbank Breda uit 2011 waarin een verbod tot ontruiming van de huurwoning werd gegeven en tevens werd bepaald dat het Wsnp-verzoek niet eerder dan na zes maanden zal worden behandeld.¹¹⁵ De verhuurder had hierom tijdens de behandeling van het verzoek gevraagd opdat in die periode een regeling voor de getroffen huurachterstand getroffen kon worden. De rechtbank willigde dit verzoek (in het kader van een belangenafweging) in en verbond aan de voorziening de voorwaarde dat een dergelijke betalingsregeling getroffen zou worden. Hierbij speelde waarschijnlijk een rol dat verzoeker in het verleden geen huurtoeslag had aangevraagd en hij dat inmiddels en met terugwerkende kracht had gedaan. De rechtbank bepaalde ten slotte dat, als een datum voor de behandeling van het Wsnp-verzoek was vastgesteld, de verhuurder in de gelegenheid zou worden gesteld zich uit te laten over de nakoming van de gestelde voorwaarden. Die beslissing is opmerkelijk omdat de verhuurder als (enige) schuldeiser een door de rechter goedgekeurde en min of meer gefaciliteerde bevoorrechte positie lijkt te krijgen, te weten betaling van de huurachterstand. Daarmee wordt de zogeheten *paritas creditorum* door de rechter doorbroken. Een rechtvaardiging lijkt daarvoor niet te vinden. Bovendien is er geen grond voor het aanhouden van de beslissing op een Wsnp-verzoek. De rechter treedt met deze beslissing mijns inziens (te ver) buiten het toepassingsgebied van art. 287 lid 4.

112 Rb. Arnhem 13 maart 2008, *L/JN* BC7255 en Rb. Breda 21 april 2011, *L/JN* BQ2493.

113 Monitor Wsnp, Vijfde meting 2009.

114 Zie Hof Leeuwarden 7 oktober 2010, *L/JN* BO1463.

115 Rb. Breda 4 april 2011, *L/JN* BQ1672.

3.6.2 *Schorsing executie vonnis tot afsluiting van de levering van gas, elektriciteit, drinkwater of warmte*

De schorsing van afsluiting van een nutsvoorziening moet worden gezien tegen het gegeven dat een dergelijke afsluiting wegens eerdere betalingsachterstanden tijdens de schuldsaneringsregeling (op grond van art. 304) niet mogelijk is. Daarbij is uitgangspunt dat de lopende verplichtingen (betaling van voorschot-termijnen) worden voldaan.¹¹⁶

De voorziening wordt blijkens de jurisprudentie niet vaak gevraagd.¹¹⁷ Dat is te verklaren uit het feit dat de mogelijkheden voor zowel de netbeheerder als de leverancier om de levering van elektriciteit of gas in de periode van 1 oktober tot 1 april te beëindigen zijn beperkt in de ‘Regeling afsluitbeleid voor kleinverbruikers van elektriciteit en gas’ hierna te noemen de Regeling Elektriciteit en Gas.¹¹⁸ De regeling geldt voor kleinverbruikers. Dit kunnen naast ‘gewone’ consumenten kleine zakelijke verbruikers zijn.¹¹⁹ De regeling betreft zowel de netbeheerder als de leverancier (vergunninghouder genaamd), hierna gezamenlijk te noemen ‘de netleverancier’.¹²⁰ De netleverancier mag de kleinverbruiker niet wegens wanbetaling afsluiten voordat hij aan een aantal voorschriften heeft voldaan (art. 2 van de Regeling Elektriciteit en Gas). Deze komen er in de kern op neer dat de netleverancier de kleinverbruiker moet wijzen op de mogelijkheid van schuldhelpverlening.¹²¹

Voor ‘kwetsbare consumenten’ bevat de Regeling Elektriciteit en Gas bijzondere bepalingen ten aanzien van de afsluiting. Een kwetsbare consument is gedefinieerd als de kleinverbruiker voor wie (of voor wiens huisgenoten) de beëindiging van het transport of de levering van elektriciteit of gas zeer ernstige gezondheidsrisico’s tot gevolg zou hebben. Een netleverancier beëindigt de levering van gas of elektriciteit aan een kwetsbare consument niet, tenzij – voorzover hier van belang – er sprake is van wanbetaling en de kwetsbare consument niet binnen een redelijke termijn een verklaring van een arts die geen behandelend arts van de betrokkene is, overlegt om de zeer ernstige gezondheidsrisico’s aan te tonen (art. 5 Regeling Elektriciteit en Gas). In de winterperiode – van 1 oktober tot 1 april – gelden daarenboven bijzondere bepalingen,

¹¹⁶ Voor een uitgebreidere bespreking van art. 304 zij verwezen naar par. 4.6.

¹¹⁷ Drie voorbeelden: Rb. Maastricht 6 mei 2008, *LJN* BD1261, Rb. Arnhem 13 maart 2008, *LJN* BC7655 en Rb. Breda 21 april 2011, *LJN* BQ2493.

¹¹⁸ Stert. 28 juni 2011, nr. 11579.

¹¹⁹ Dit zijn voor wat betreft elektriciteit de afnemers die beschikken over een aansluiting op een net met een totale maximale doorlaatwaarde van ten hoogste 3 keer 80 Ampère (art. 95a lid 1 Elektricitwet 1998). Voor wat betreft gas zijn het de afnemers die beschikken over een aansluiting op een net met een totale maximale capaciteit van ten hoogste 40 m³ gas per uur (art. 43 lid 1 Gaswet). Dit kan tevens kleinverbruikers betreffen die (ter zake van) handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf (ondernemers).

¹²⁰ Beheer en eigendom van energienetwerken (o.a. hoogspanningsnet) en levering van energie (aardgas en elektriciteit) via deze netwerken moeten sinds 1 januari 2011 zijn ondergebracht bij aparte ondernemingen. Dit is bepaald in de Wet Onafhankelijk Netbeheer (WON), in de volksmond de ‘Splitsingswet’ genoemd.

¹²¹ De netleverancier moet voorts aanbieden om, met schriftelijke toestemming van de kleinverbruiker, de contactgegevens van de kleinverbruiker aan een instantie ten behoeve van schuldhelpverlening te verstrekken, tenzij de kleinverbruiker geen natuurlijk persoon is, en aangeeft dat de kleinverbruiker niet wordt afgesloten indien de art. 5, 8 of 9 van toepassing zijn. Dit betreft bijzondere bepalingen ten aanzien van afsluiting van kwetsbare consumenten en winterafsluiting, die hierna besproken worden.

zie de art. 8 en 9 van de Regeling Elektriciteit en Gas. Deze winterbepalingen gelden voor alle kleinverbruikers.¹²²

Uit de regeling moet worden afgeleid dat de beperkingen in de bevoegdheid tot afsluiting van de levering van elektriciteit en gas ten aanzien van kwetsbare consumenten dan wel in de winterperiode niet gelden als sprake is van fraude of misbruik door de kleinverbruiker, de onveiligheid van de installatie beëindiging van het transport noodzakelijk maakt dan wel de overeenkomst met de leverancier afloopt. Per 1 januari 2014 geldt een soortgelijke regeling ter zake van de levering van (stads)warmte.¹²³

Voor de levering van drinkwater geldt sinds 1 juli 2012 de Regeling afsluitbeleid voor kleinverbruikers van drinkwater.¹²⁴ Deze is gebaseerd op art. 9 Drinkwaterwet. De regeling (nader: Regeling Water) is vrijwel gelijklopend aan die voor elektriciteit en gas met dien verstande dat bepalingen over afsluiting van de levering van drinkwater in de winterperiode ontbreken. De bepalingen over het versturen van een betalingsherinnering en de verwijzing naar schuldhulpverlening zijn vrijwel gelijklopend (art. 3 en 4 van de Regeling Water).¹²⁵

Het blijft mogelijk tot afsluiting van de levering van nutsvoorzieningen over te gaan. Als de kleinverbruiker geen 'kwetsbare consument' is, kan dat steeds in de zomerperiode. Afsluiting van de levering van water kan bij een niet-kwetsbare consument in de winterperiode. Een voorlopige voorziening strekkende tot een verbod op afsluiting kan dan gewenst zijn. In dat verband kan gewezen worden op een uitspraak van de Rechtbank Utrecht uit juli 2012. Daarin werd afsluiting van de levering van drinkwater in 2010, de Regeling Water gold nog niet, bij een kleine achterstand (de vordering was ongeveer € 15,-, exclusief aanmaankosten) niet gerechtvaardigd en onrechtmatig geacht.¹²⁶

Ten slotte lijkt de regeling ter zake van gas of elektriciteit niet van toepassing als op het adres geen energieleverancier meer bekend is en het gas en/of de elektriciteit feitelijk door de netbeheerder wordt geleverd.¹²⁷

122 In deze periode kan niet tot afsluiting worden overgegaan als de kleinverbruiker binnen een door de netleverancier vast te stellen redelijke termijn na de betalingsherinnering (art. 3 lid 1 Regeling Elektriciteit en Gas) een bewijs overlegt dat hij heeft verzocht om schuldhulpverlening. Dit verbod geldt totdat op dat verzoek negatief is beslist. De netleverancier kan (in de winterperiode) evenmin tot afsluiting overgaan als diens vordering binnen een redelijke termijn betrokken wordt bij een lopend traject van schuldhulpverlening aan de kleinverbruiker. Deze afsluitverboden (in de winter) gelden niet als de schuldhulpverlening aan de kleinverbruiker eindigt of als de kleinverbruiker de verplichtingen uit hoofde van de schuldhulpverlening niet nakomt.

123 Regeling van de Minister van Economische Zaken van 4 september 2013, nr. WJZ/13132689, houdende uitvoering van het Warmtebesluit en de Warmtewet (Warmteregeling), nader te noemen de Warmteregeling, Stcrt. 13 september 2013, nr. 25449, p.1.

124 Stcrt. 20 april 2012, nr. 7964. Een kleinverbruiker is een consument of een andere afnemer met een aansluiting waarbij de volumestroom van de levering van water niet meer bedraagt dan vijf m³ per uur (art. 1 Drinkwaterwet). Dit kan dus een ondernemer zijn.

125 De Rechtbank Almelo wees een verzoek tot afsluiting van de levering van water wegens wanbetaling ambtshalve af omdat niet was gebleken dat de leverancier de consument de procedure van art. 3 en 4 van de Regeling Water had gevolgd. Rb. Almelo 30 oktober 2012, *LJN* BY2268.

126 Rb. Utrecht 16 juli 2012, *LJN* BY2921. De kantonrechter verwees daarbij naar de algemene voorwaarden van de waterleverancier (Vitens) waarin was vermeld dat deze slechts gebruik maakt van zijn bevoegdheid tot onderbreking van de levering indien en voorzover de niet-nakoming door de aanvrager/gebruiker dit rechtvaardigt. Van een dergelijke rechtvaardiging was, aldus de kantonrechter, niet gebleken.

127 Zie Hof Leeuwarden 2 oktober 2012, *LJN* BX9214. De energieleverancier had het contract ontbonden en bij de netbeheerder Enexis was geen vergunninghoudende leverancier van gas en elektriciteit bekend. Over deze problematiek zie Rb. Rotterdam 18 januari 2013, *LJN* BZ2698.

3.6.3 *Herstel van de levering van water, elektriciteit of gas (heraansluiting)*

In de jurisprudentie is slechts één (niet-gepubliceerde) uitspraak bekend waarin een nutsleverancier (Vitens) ex art. 287 lid 4 werd bevolen tot heraansluiting van de levering van een drinkwater over te gaan.¹²⁸ Interessant in die uitspraak is dat daarin aan de orde kwam of de verzoeker/schuldenaar heraansluitingskosten moet betalen. De rechtbank oordeelde dat heraansluiting niet kosteloos is wegens het voorlopige karakter van de voorziening. De heraansluitingskosten hoefden echter niet vooraf betaald te worden omdat dit de voorziening feitelijk onuitvoerbaar zou maken. Het zou tevens doel en strekking van de afsluitregeling (Regeling Water in dit geval) ondermijnen. Tevens werd verzocht art. 16 van de leveringsvoorwaarden van Vitens – waarin is bepaald dat Vitens om betaling van een borgsom kan vragen – buiten werking te stellen. Dat verzoek werd afgewezen maar wel werd bepaald dat betaling van een borgsom niet als voorwaarde voor heraansluiting mocht worden gesteld. Het eindresultaat kwam erop neer dat de verzoeker zonder enige betaling vooraf recht kreeg op heraansluiting. Hierbij moet bedacht worden dat de vordering van Vitens tot betaling van heraansluitingskosten en een borgsom – in het geval het Wsnp-verzoek wordt toegewezen – vorderingen zijn die onder de werking van de schuldsaneringsregeling en de schone lei vallen.

De Rechtbank Rotterdam heeft daarentegen geoordeeld dat een verzoek tot heraansluiting (levering elektriciteit en gas) buiten het kader van de in art. 287 lid 4 bedoelde voorzieningen valt.¹²⁹ De rechtbank wees erop dat verzoeker niet afhankelijk is van de schuldeiser tot wie het verzoek zich richtte omdat er meerdere aanbieders op de markt zijn. Dit laatste is juist. Voor de consument is in de Elektriciteitswet 1998 (art. 95 m lid 7) en de Gaswet (art. 52b lid 7) bepaald dat deze elke overeenkomst tot levering van elektriciteit en gas kan opzeggen met inachtneming van een opzegtermijn van maximaal 30 dagen.¹³⁰ Uit het woord ‘elke’ volgt dat opzegging en overstappen mogelijk is als sprake is van een betalingsachterstand. Een nieuwe leverancier mag een nieuwe klant niet weigeren maar mag wel bepaalde voorwaarden stellen, bijvoorbeeld – na een kredietwaardigheidscontrole – vooruitbetaling van een aantal maandtermijnen.¹³¹ Dat kan overstappen naar een andere leverancier feitelijk lastig maken.

Ik wijs er verder op dat in bodemprocedures soms vorderingen tot heraansluiting worden toegewezen. De Rechtbank Arnhem (kantonrechter te Tiel) gaf een dergelijk bevel in een bodemprocedure.¹³² Ter comparitie had de drinkwaterleverancier Vitens geweigerd in te stemmen met een voorstel van de schuldenaar om met een tussenpoos van ongeveer twee weken twee keer € 500,- te betalen en voor het restantbedrag een betalingsregeling te treffen. Zij eiste dat alle schulden betaald zouden worden voordat tot heraansluiting zou

128 Rb. Noord-Nederland 19 april 2013, RK13.376 (niet gepubliceerd).

129 Rb. Rotterdam, 20 mei 2008, *LJN* BD2422.

130 Het gaat om afnemers die beschikken over een aansluiting op een net met een totale maximale doorlaatwaarde van ten hoogste 3*80 A (art. 85 lid 1 Elektriciteitswet) en afnemers die naar een op het verbruik in voorgaande jaren gegronde verwachting minder dan 170 000 m³ gas per jaar verbruiken (art. 43 Gaswet).

131 Uitzending televisieprogramma Kassa op 22 december 2012. Daarin is melding gemaakt van een onderzoek door de Nederlandse Mededingingsautoriteit.

132 Rb. Arnhem 25 augustus 2010, *LJN* BN8261.

worden overgegaan. De kantonrechter achtte dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar en beval Vitens tot heraansluiting over te gaan.

Ook uit andere uitspraken blijkt dat de voorzieningenrechter er niet voor terugdeinst energie- of waterleidingsbedrijven een bevel tot heraansluiting te geven,¹³³ zij het dat daaraan meestal de voorwaarde wordt verbonden dat eerst de openstaande hoofdsom, incassokosten en heraansluitingskosten worden voldaan.¹³⁴

Deze uitspraken passen bij de opname van regels over heraansluiting in de hiervoor besproken Regeling Elektriciteit en Gas en de Regeling Water. In art. 6 van de Regeling Elektriciteit en Gas is bepaald dat de netbeheerder of leverancier voor hervatting van de levering zorg draagt indien sprake is van een kwetsbare consument (zie 3.6.2). In de winterperiode (1 oktober tot 1 april) geldt op grond van art. 10 van genoemde regeling dat tot bedoelde heraansluiting wordt overgegaan als de kleinverbruiker een bewijs overlegt dat hij heeft verzocht om schuldhelpverlening of als de vordering van de netbeheerder of de leverancier wordt betrokken bij een lopend traject van schuldhelpverlening aan die consument.

Art. 7 van de Regeling Water¹³⁵ bevat een bepaling voor de hervatting van de levering van drinkwater aan een kwetsbare consument. Deze regeling is gelijk aan die in de Regeling Elektriciteit en Gas. Er is, anders dan in die Regeling Elektriciteit en Gas, geen sprake van een speciale, soepelere regeling voor hervatting van de levering van drinkwater in de winterperiode.

De bepalingen over heraansluiting gelden (in beide regelingen) niet als sprake is van een betalingsregeling. De staatsecretaris gaat ervan uit dat onderdeel van een betalingsregeling een heraansluiting zal zijn, maar dat hoeft natuurlijk niet het geval te zijn.

In de toelichting op art. 7 van de Regeling Water is vermeld dat voor de heraansluiting kosten zijn verschuldigd. Dit staat niet in de toelichting bij de Regeling Elektriciteit en Gas, maar in de praktijk worden (uiteraard) kosten in rekening gebracht hetgeen blijkt uit de hiervoor besproken niet-gepubliceerde uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland. De overkoepelende organisatie Energie-Nederland heeft met de NVVK enigszins afwijkende afspraken gemaakt.¹³⁶ In het convenant tussen Energie-Nederland en de NVVK (nader: het convenant) is de Regeling Elektriciteit en Gas tot uitgangspunt genomen. De bepalingen in die regeling zijn in het convenant terug te vinden, maar dan her en

133 Bijvoorbeeld Rb. Middelburg 9 maart 2006, *LJN* AZ1155 en Rb. Zwolle-Lelystad 14 januari 2010, *LJN* BM1184.

134 Rb. Zwolle-Lelystad 2 april 2010, *LJN* BM6850. In de zaak die leidde tot een arrest van Hof 's-Hertogenbosch (2 maart 2010, *LJN* BL6583) was de kantonrechter nog verder gegaan en overwoog dat het recht op water door de afsluiting door de waterleidingmaatschappij werd gefrustreerd nu deze regionaal monopolist was. Dit recht op water ligt, aldus de kantonrechter, besloten in door Nederland erkende rechten, met name het recht op een adequate levensstandaard en recht op gezondheid. De kantonrechter verwees daarbij naar art. 11 en 12 van het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten. Op deze gronden werd de vordering tot afsluiting van de levering van water afgewezen. Het Hof vernietigde dit vonnis en oordeelde dat noch uit dit verdrag, noch andere verdragen een absoluut recht op water kan worden afgeleid. Hierbij zij aangetekend dat de desbetreffende consument/schuldenaar over een periode van ongeveer acht jaar voor de levering van water ongeveer € 2.200,- moest betalen en daarvan een bedrag van slechts € 150,81 had voldaan en de waterleverancier pas na zeven jaar actie omdam.

135 Stcrt. 20 april 2012, nr. 7964.

136 Het convenant met Vereniging Energie-Nederland is te vinden op www.energie-nederland.nl.

der voorzien van termijnen. In het convenant is onder ogen gezien dat hervatting van de betaling van de periodieke termijnen (voorschotten) niet altijd mogelijk is. Er kunnen dan andere afspraken worden gemaakt. Er geldt een algemeen geformuleerd recht op heraansluiting (mits de voorschotten weer betaald worden). Van beperking tot de winterperiode is geen sprake. De heraansluitingskosten voor de levering van gas en elektriciteit worden door de netbeheerder (zij zijn geen partij bij het convenant) aan de schuldenaar in rekening gebracht (art. 9.2 van het convenant). Het convenant is tevens gesloten met leveranciers van stadswarmte. De af- en heraansluitingskosten voor de levering van warmte worden in de vordering meegenomen, wat bepaald gunstig is.¹³⁷

Verdedigbaar is dat met de komst van deze nieuwe regelingen op basis van een art. 287 lid 4-verzoek tot een bevel heraansluiting wordt overgegaan. Daarbij kan bepaald worden dat geen heraansluitingskosten in rekening gebracht worden. De hiervoor besproken uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland verdient daarom instemming.

Een punt van aandacht is hierbij dat deze kosten, als het gaat om de levering van gas en elektriciteit, door de netbeheerder in rekening gebracht zullen worden. Het 287 lid 4-verzoek strekkende tot heraansluiting moet zich daarom mede richten tot de netbeheerder. Indien een schuldenaar, bij wie de levering van elektriciteit, gas of water is afgesloten tot de schuldsaneringsregeling wordt toegelaten, wordt deze immers (in het algemeen gesproken) heraangesloten zonder dat daarvoor kosten in rekening worden gebracht.

3.6.4 *Schorsing of opheffing van de executoriale verkoop van roerende zaken*

Blijkens de jurisprudentie wordt soms om schorsing van de executieverkoop van roerende zaken gevraagd. In de vorige paragraaf werd een uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage uit 2010 besproken.¹³⁸ De rechtbank legde daarin bij de beoordeling van het verzoek tot een verbod op de executie van inboedelgoederen een verband met de beslagverboden neergelegd in de art. 447 en 448 Rv. In die artikelen is bepaald dat op daar genoemde roerende zaken, noodzakelijk voor de primaire levensbehoeften, geen beslag gelegd kan worden. De geur van de 19e eeuw stijgt nog uit deze bepalingen op. Het gaat in art. 447 Rv namelijk om het bed en beddengoed van de geëxecuteerde en de kleren waarmee hij en zijn gezin zijn gekleed en gedekt, de gereedschappen van ambachtslieden en werklieden en de voorraad van spijs en drank dienende tot behoefte van het huisgezin gedurende een maand. De minister heeft in december 2014 een conceptwetsvoorstel tot modernisering en uitbreiding van deze beslagverboden ter consultatie op het internet geplaatst. In dat voorstel is onder meer vermeld (art. 447 lid 3 Rv ontwerp) dat als een schuldenaar zich door een (erkende) schuldbemiddelaar laat bijstaan geen beslag mag worden gelegd op inboedel van de door de schuldenaar bewoonde woning.¹³⁹ Aangenomen mag daarom worden

¹³⁷ De NNVK heeft convenanten met de waterleveranciers Evides en Vitens gesloten. Daarin is (maart 2014) nog geen rekening gehouden met de Regeling Water.

¹³⁸ Rb. 's-Gravenhage 29 november 2010, *LJN* BO9260, *TvS* 2011, 340.

¹³⁹ Zie www.internetconsultatie.nl.

dat – indien dit wetsvoorstel wordt aangenomen – hangende de behandeling van een Wsnp-verzoek geen inboedelzaken executoriaal verkocht kunnen worden.

De rechtbank wees een aantal van de in beslag genomen zaken aan als zijnde noodzakelijk voor de primaire levensbehoeften. Het ging onder meer om een hoekbank, een witte ladekast, een witte eettafel en vier eettafelstoelen, een computer, een printer en de wasmachine. Dit zijn geen zaken die in art. 447 en 448 Rv worden genoemd. De rechtbank oordeelde dat de overige in beslag genomen inboedelzaken wel verkocht mochten worden. Het ging om een voetenbank, salontafel, schilderij, twee replica's, een grote houten olifant, een flatscreentelevisie, een zwarte hoge eettafel, vijf barkrukken en een hogedruk-reiniger. Deze golden volgens de rechtbank niet als noodzakelijk voor primaire levensbehoeften. In een schuldsaneringsregeling geldt dat de inboedel, in de zin van art. 3:5 BW, van de schuldenaar buiten de boedel valt voorzover deze niet bovenmatig is (art. 295 lid 4 onder b). In art. 3:5 BW wordt inboedel omschreven als het geheel van tot huisraad en tot stoffering en meubilering van de woning dienende roerende zaken, met uitzondering van boekerijen en verzamelingen van voorwerpen van kunst, wetenschap of geschiedkundige aard. De in de uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage genoemde zaken vallen mijns inziens onder deze definitie. Deze zouden in een schuldsaneringsregeling slechts verkocht worden indien zijn als bovenmatig zouden worden beschouwd. In de schuldsaneringspraktijk worden inboedelzaken overigens zelden door de bewindvoerder verkocht. Die praktijk wordt erdoor ingegeven dat de opbrengst van inboedelzaken over het algemeen erg laag is, terwijl daar kosten en/of tijdsinvestering door de bewindvoerder tegenover staan. In die zin kwam de verzoeker in de Haagse zaak met de gegeven voorziening niet in dezelfde positie te verkeren als in een schuldsaneringsregeling.

In een aantal andere uitspraken wordt vooropgesteld dat het een schuldeiser, totdat op een verzoek tot toepassing van schuldsaneringsregeling is beslist, in beginsel vrij staat door middel van een executoriaal beslag verhaal op de zaken van een schuldenaar te nemen (zie art. 3:276 BW).¹⁴⁰ Vervolgens heeft dan een belangenafweging plaats. In een uitspraak van de Rechtbank Haarlem van 27 januari 2010 werd daarbij betrokken dat de weg naar verkoop al langere tijd tevoren door de schuldeiser was ingezet en dat schuldenaar pas heel kort voor de geplande datum van de verkoop een verzoekschrift indiende.¹⁴¹ De rechtbank doelt hier waarschijnlijk – zeker is dit niet – op de kosten waarmee beslaglegging en de voorbereiding van de openbare verkoop voor de schuldeiser gepaard gaan. In een andere uitspraak van deze rechtbank speelt in de belangenafweging een rol dat de executoriale verkoop van de roerende zaken de kans op toepassing van de schuldsaneringsregeling niet zou doorkruisen.¹⁴² Uit de uitspraak zelf blijkt niet welke zaken in beslag waren genomen.

Ik noem uit de (kortgeding)jurisprudentie enkele uitspraken waarin werd geoordeeld dat sprake was van misbruik van bevoegdheid. Er zijn gevallen bekend waarin beslag op inboedelzaken niet wordt gelegd met de intentie daadwerkelijk tot verkoop daarvan over te gaan, maar enkel om druk uit te

140 Rb. Haarlem 17 november 2010, *LJN* BO6305, *TvS* 2011, 337 en Rb. Arnhem 14 maart 2011, *LJN* BP7560.

141 Rb. Haarlem, 27 januari 2010, *LJN* BL0813, *TvS* 2010, 306.

142 Rb. Haarlem 17 november 2010, *LJN* BO6305, *TvS* 2011, 337.

oefenen op de schuldenaar.¹⁴³ Dit geldt als een oneigenlijk gebruik van deze bevoegdheid (tot beslaglegging). Indien beslag wordt gelegd op roerende zaken terwijl duidelijk is dat de te verwachten opbrengst bij executoriale verkoop de executiekosten niet of nauwelijks zal overtreffen, wordt aangenomen dat misbruik wordt gemaakt van de executiebevoegdheid.¹⁴⁴ Executoriaal beslag op een onroerende zaak kan misbruik van bevoegdheid opleveren als de executie-opbrengst naar verwachting (veel) minder is dan de door het recht van hypotheek gedekte vordering van de bank.¹⁴⁵

Als het gaat om beslaglegging is het vaste jurisprudentie dat een voorzieningenrechter de executie van een beslag kan schorsen of verbieden. Lastiger is de vraag of hij dat beslag kan opheffen. De 'gewone' voorzieningenrechter is tot een dergelijke constitutieve beslissing in art. 438 lid 2 en 705 Rv uitdrukkelijk bevoegd verklaard.

In diverse uitspraken is de vraag aan de orde gekomen of de insolventierechter een beslag ex art. 287 lid 4 kan opheffen. De Rechtbank Zutphen oordeelde dat dat niet mogelijk is.¹⁴⁶ De rechtbank overwoog daartoe dat dat niet voorstelbaar is omdat opheffing een nieuwe rechtstoestand doet ontstaan, dus van constitutieve aard is en voorbehouden aan de bodemrechter en bij wijze van uitzondering aan de voorzieningenrechter. Hierbij achtte de rechtbank van belang dat geen sprake is van hoor en wederhoor. Schorsing of een verbod van executie van een beslagen goed behoort, aldus de rechtbank, wél tot de mogelijkheden. De rechtbank stelde vast dat een zodanig verzoek niet was gedaan. Er bestond volgens de rechtbank geen aanleiding zodanig verzoek in de stellingen van verzoeker te lezen. Dat lijkt mij niet juist omdat dat de voorzieningenrechter vrij is een minder vergaande voorziening (schorsing in plaats van opheffing) dan die gevorderd werd, te geven.¹⁴⁷

De Rechtbank 's-Gravenhage oordeelde in gelijke zin en herhaalde daarbij de overwegingen van de Rechtbank Zutphen vrijwel woordelijk.¹⁴⁸ De Rechtbank Rotterdam vatte een verzoek tot opheffing van een beslag zonder nadere toelichting op als een verzoek tot schorsing.¹⁴⁹ De Rechtbank Utrecht oordeelde dat de insolventierechter op grond van art. 705 Rv niet bevoegd is een beslag op te heffen.¹⁵⁰ Dat is juist, maar neemt niet weg dat de insolventierechter op grond van art. 287 lid 4 in beginsel iedere noodzakelijke voorlopige voorziening jegens een schuldeiser kan treffen alsmede dat de voorzieningenrechter op grond van art. 705 Rv een beslag kan opheffen.

De Rechtbank Arnhem heeft bij vonnis van 9 september 2010 – het werd hiervoor al genoemd – een executoriaal beslag opgeheven.¹⁵¹ In die zaak was de

143 Bijvoorbeeld Rb. 's-Gravenhage 15 april 2009, BI9339 en de hierna te noemen Rb. 's-Hertogenbosch 25 september 2007, *LJN* BB4653, Hof Leeuwarden, 20 april 2010, *LJN* BM2233 en Rb. Maastricht 2 februari 2006, *LJN* AV2539. Idem bij beslag op onroerende zaken Rb. Breda 23 juli 1984, *KG* 1984, 247.

144 Hof Leeuwarden 20 april 2010, *LJN* BM2233 en Rb. 's-Gravenhage 15 april 2009, *LJN* BI9339. Zie Rb. Maastricht 2 februari 2006, *LJN* AV2539.

145 Hof Leeuwarden 20 april 2010, *LJN* BM2250, *JBP* 2010, 62, m.nt. M.R. van Zanten. Dit kan anders zijn als de onderwaarde in overwaarde kan omslaan, aldus Hof Arnhem 22 juli 2008, *LJN* BD8654.

146 Rb. Zutphen 8 oktober 2009, *LJN* BG6947, *TvS* 2010, 299.

147 HR 29 oktober 1993, *NJ* 1994/107 en par. 2.4.3.

148 Rb. 's-Gravenhage 21 juni 2010, *LJN* BM8904, *TvS* 2011/1, 325.

149 Rb. Rotterdam 24 september 2009, *LJN* BJ9255.

150 Rb. Utrecht 3 september 2009, *LJN* BJ7086, *TvS* 2010, 304.

151 Rb. Arnhem 9 september 2010, *LJN* BN6673.

beslagleggende schuldeiser echter wel opgeroepen en bovendien was die beslissing feitelijk gebaseerd op (analogische) toepassing van art. 438 Rv.

Als een beslag wordt opgeheven en de voorziening komt te vervallen met het (onherroepelijk) afwijzen van het Wsnp-verzoek dan wel de intrekking van dat verzoek, dan herleeft dat beslag, met dien verstande dat wijzigingen in de rechtstoestand van het beslagen goed tussen de opheffing van het beslag en de vernietiging moeten worden geëerbiedigd. Dit volgt uit jurisprudentie van de Hoge Raad.¹⁵²

In dit verband kan erop worden gewezen dat bij toelating tot de schuldsaneringsregeling alle executies die ten tijde van de toelating tot de schuldsaneringsregeling waren aangevangen, worden geschorst en dat alle op dat moment gelegde beslagen vervallen (art. 301 lid 2). Een vervallen beslag herleeft als de toepassing van de schuldsaneringsregeling eindigt omdat de schuldenaar weer in staat is de betaling van zijn schulden te hervatten, maar niet als deze om andere reden(en) tussentijds wordt beëindigd (art. 301 lid 4).¹⁵³ In die zin lijkt het opheffen van een beslag in de verwachting dat de verzoeker tot de schuldsaneringsregeling zal worden toegelaten niet onlogisch. In elk geval bestaat er geen principieel bezwaar tegen. Anderzijds geldt dat de eventuele voorziening zich dient te richten op het behoud van de toestand tot aan de uitspraak in een eventuele bodemprocedure en niet verder mag gaan dan daarvoor nodig is.¹⁵⁴

3.6.5 *Schorsing of opheffing van loon- of uitkeringsbeslag*

Een enkele maal wordt om schorsing of opheffing van loon- of uitkeringsbeslag gevraagd. Bij (derden)beslag op het salaris of een uitkering op grond van sociale zekerheidswetten geldt dat art. 475b Rv e.v. voorschrijven dat daarbij een zogeheten beslagvrije voet geldt. De gedachte achter deze beslagvrije voet is dat voorkomen moet worden dat een schuldenaar/debiteur wegens een dergelijk beslag op zijn inkomen een beroep op de bijstand zou moeten doen.¹⁵⁵ Met de beslagvrije voet blijft de schuldenaar/debiteur in staat om de lopende kosten van het bestaan te betalen. De hoogte van de beslagvrije voet wordt berekend aan de hand van art. 475d Rv. Uitgangspunt is kort gezegd 90% van de voor de debiteur geldende bijstandsnorm. De beslagvrije voet kan binnen zekere grenzen worden verhoogd met (i) woonkosten en (ii) met ziektekostenpremie. Verder geldt als uitgangspunt dat het derdenbeslag geen betrekking heeft op onkostenvergoedingen voorzover daar daadwerkelijke kosten tegenover staan.¹⁵⁶

De berekening van de beslagvrije voet is niet eenvoudig.¹⁵⁷ Daar komt bij dat een aantal veel voorkomende crediteuren de afgelopen jaren bijzondere bevoegdheden hebben gekregen. De belangrijkste zijn de overheidsvordering van

152 Onder meer in HR 23 februari 1996, *NJ* 1996/434 en HR 26 mei 2000, *NJ* 2001/388, m.nt. H.J. Snijders. Zie nader par. 2.4.3.

153 Deze bepaling geldt tevens voor executies en beslagen door schuldeisers met vorderingen die door het recht van pand of hypotheek zijn gedekt voorzover het gaat om executies en beslagen op andere goederen dan waarop genoemde zekerheidsrechten rusten. Executie met betrekking tot die goederen kan voortgezet worden, wat in overeenstemming is met de positie van deze schuldeisers, zie tevens art. 299 lid 3.

154 Blaauw 2002, p. 18.

155 Kamerstukken II 1982/83, 17 897, nr. 3, p. 15.

156 Zie bijvoorbeeld KvG 26 januari 2010, *LJN* YB0365 en Rb. Roermond 22 februari 2011, *LJN* BP6093.

157 Een goede website met veel praktische informatie is www.schuldinfo.nl van André Moerman. Zie het rapport van de werkgroep VTLB van Recofa, via www.rechtspraak.nl of www.wsnprvr.org.

de belastingdienst,¹⁵⁸ de bronheffing voor de zorgverzekeraar¹⁵⁹ en de beslagbevoegdheden voor verhuurders, zorgverzekeraars en kinderopvanginstellingen op de desbetreffende toeslagen van de belastingdienst.¹⁶⁰ Hierdoor gaat het bij de beslaglegging op loon en andere inkomstenbestanddelen vaak niet goed, waardoor schuldenaren niet genoeg geld hebben om rond te komen.¹⁶¹

In het kader van dit onderzoek gaat het om de vraag of de beslagvrije voet voldoende is verhoogd in verband met woonlasten. Op grond van art. 475d lid 5 onder b Rv wordt de beslagvrije voet onder meer verhoogd met de voor rekening van de schuldenaar komende woonlasten, verminderd met de ontvangen huurtoeslag of woonkostentoeslag, voorzover de woonkosten na deze vermindering meer bedragen dan de zogeheten normhuur. Verder is een maximum gesteld van de huurtoeslag. De maximale huurtoeslag is sterk afhankelijk van het type huishouden dat de schuldenaar voert. Deze systematiek kan tot problemen leiden bij schuldenaren met een huur die hoger is dan de maximale huurgrens (per 1 januari 2013 € 681,02). Een voorbeeld kan dit verhelderen. Als de huur van een alleenstaande schuldenaar die ouder dan 23 is € 700,- bedraagt, ontvangt deze geen huurtoeslag. De bovenmatige huur is dan € 503,14 (zijnde € 700,- minus € 196,86), maar daarmee wordt slechts rekening gehouden tot een bedrag van € 309,-, zijnde de maximale huurtoeslag. Dat verschil, van ongeveer € 194,-, moet betaald worden uit die beslagvrije voet, maar daarvoor bestaat geen ruimte omdat die nodig is voor alle andere noodzakelijke kosten zoals de kosten van nutsvoorzieningen en voedsel.

Bij schuldenaren met een eigen woning is het daarenboven zo dat de voorlopige teruggave inkomstenbelasting (in verband met de hypotheekrente) als inkomen wordt beschouwd.¹⁶² Beslaglegging op het loon of de uitkering betekent daarom dat de hypotheeklasten niet meer betaald kunnen worden. Een rekenvoorbeeld kan dit wederom verhelderen. Het gaat weer om een alleenstaande, maar nu dus met een eigen woning. Als de (bruto) hypotheekrente € 1.000,- per maand bedraagt dan wordt met de woonlasten, na vermindering met het bedrag van de normhuur, slechts rekening gehouden tot het bedrag van de maximale huurtoeslag, zoals hiervoor is uitgelegd.¹⁶³ Bij een alleenstaande (ouder dan 23 jaar) is dat € 333,85. In dit geval zal echter de te berekenen beslagvrije voet worden verminderd met een voorlopige teruggaaf inkomstenbelasting wegens aftrekbaarheid van de hypotheekrente. Deze belastingteruggave zal ongeveer € 350,- per maand bedragen. Uitgaande van een beslagvrije voet van ongeveer € 1.160,- (normen per 1 juli 2011) zal deze schuldenaar van

158 Art. 19 Invorderingswet 1990.

159 Art. 69 lid 2 Zorgverzekeringswet.

160 Voor die toeslagen geldt een beslagverbod, art. 45 Awir.

161 In het rapport Paritas Passé dat in opdracht van de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders werd uitgebracht, wordt daarom een groot aantal maatregelen bepleit ter voorkoming van deze problemen: Jungmann e.a. 2012.

162 Dit volgt uit art. 475 lid 2 Rv: 'Een beslagvrije voet is verbonden aan vorderingen tot periodieke betaling van (...) b. inkomstenbelasting begrepen in een voorlopige teruggaaf als bedoeld in artikel 13, tweede lid van de Algemene wet inzake rijksbelasting.'

163 Het is niet duidelijk of en zo ja, in hoeverre met andere eigenaarslasten rekening wordt gehouden bij de berekening van de beslagvrije voet. Rb. Rotterdam 27 juni 2008, *LJN* BD6510 oordeelde dat de (opstal?) verzekering en de bijdrage aan de Vereniging van Eigenaren wel als woonkosten mogen worden meegenomen, maar de gemeentelijke belastingen en waterschapsbelastingen niet.

zijn salaris slechts € 810,- mogen behouden.¹⁶⁴ Na betaling van de hypotheeklasten houdt de schuldenaar vrijwel niets over om van te leven.

In de jurisprudentie wordt verschillend met 287 lid 4-verzoeken betreffende te hoge loonbeslagen (wegens de woonlasten) omgegaan. Er zijn uitspraken waarin het verzoek wordt afgewezen omdat met de regeling van de beslagvrije voet voldoende is gewaarborgd dat de schuldenaar zijn lopende verplichtingen kan voldoen.¹⁶⁵ Er zijn uitspraken waarin de rechter wel ingrijpt. In een zaak bij de Rechtbank Arnhem waren diverse loonbeslagen gelegd.¹⁶⁶ Het was duidelijk dat de schuldenaar de vaste lasten, waaronder de huur, niet meer kon voldoen, waardoor ontruiming van de huurwoning dreigde. Er was twee maanden huurachterstand. Daarom werd de executie van de gelegde beslagen geschorst. De eerste gedachte is dat de rechter had kunnen verwijzen naar de systematiek van art. 475b Rv e.v., maar uit de uitspraak blijkt dat de woonlasten van verzoekers € 1.250,- bedroegen (zij waren op zoek naar goedkopere woonruimte). Een dergelijk hoge huur wordt – zoals hiervoor is uitgelegd – niet volledig verdisconteerd bij de berekening van de beslagvrije voet. Opmerkelijk in deze uitspraak is dat tevens de executie van alle mogelijk nog te leggen beslagen werd geschorst. Het is de vraag of een dergelijk algeheel beslagverbod kan worden gegeven. De Rechtbank Zutphen oordeelde mijns inziens terecht dat de wet dat niet toelaat.¹⁶⁷

Afgezien van deze problematiek geldt dat de schuldenaar die in de periode tot aan de te verwachten schuldsaneringsregeling van een beslagvrije voet moet rondkomen zeer waarschijnlijk nieuwe schulden zal laten ontstaan. Hij is immers niet in staat om zijn uitgavenpatroon, dat mede bestaat uit een aantal vaste lasten, op korte termijn aan te passen aan een inkomen dat feitelijk onder het bestaansminimum ligt. Het vrij te laten bedrag biedt een – meer op de persoonlijke situatie toegesneden – minimuminkomen. Is dit reden om bij verzoeken in verband met loonbeslagen van dit hogere bedrag uit te gaan? Een beslissend argument is niet te vinden in de wetsgeschiedenis noch in de jurisprudentie.

Mijns inziens is het meest passend en juist om aan de hand van concrete bezwaren te bepalen of een hoger bedrag dan de beslagvrije voet behouden mag worden. Zie bijvoorbeeld de Rechtbank Arnhem d.d. 14 maart 2011, waarin bepaald werd dat met de volledige (kale) huur rekening gehouden moest worden, maar een verzoek tot aanpassing in verband met andere lasten bij gebrek aan onderbouwing werd afgewezen.¹⁶⁸ Een voorziening dient zich, het zij herhaald, te richten op het behoud van de toestand tot aan de uitspraak in een eventuele bodemprocedure en niet verder te gaan dan daarvoor nodig is.

3.6.6 *Verbod op gijzeling van verzoeker in verband met niet-betaalde boetes wegens verkeersovertredingen (Wet Mulder)*

Op grond van art. 28 WAHV (Wet Mulder) kan de officier van justitie bij het niet-betalen van boetes wegens verkeersovertredingen tot gijzeling overgaan.

¹⁶⁴ Afgezien van verhoging in verband met ziektekostenpremie.

¹⁶⁵ Rb. Amsterdam 7 januari 2009, FT 09.0030 (niet gepubliceerd).

¹⁶⁶ Rb. Arnhem 19 januari 2009, *LJN* B11647, *TvS* 2010, 291.

¹⁶⁷ Rb. Zutphen 8 oktober 2008, *LJN* BG6947.

¹⁶⁸ Rb. Arnhem 14 maart 2011, *LJN* BP7560.

Tevens kan hij het rijbewijs dan innemen (art. 28a WAHV) en het voertuig waarmee de overtreding is begaan of – als dat niet wordt aangetroffen – een soortgelijk voertuig waarover ‘de overtreder’ beschikt, buiten gebruik stellen (art. 28c WAHV). Art. 28 luidt – voorzover hier relevant – als volgt:

‘1. De officier van justitie te Leeuwarden kan, indien niet of niet volledig verhaal overeenkomstig de artikelen 26 en 27 heeft plaatsgevonden, bij de kantonrechter van de rechtbank van het arrondissement waar het adres is van degene aan wie de administratieve sanctie is opgelegd een vordering instellen om te worden gemachtigd om per gedraging waarvoor een administratieve sanctie is opgelegd het dwangmiddel gijzeling toe te passen van degene aan wie de administratieve sanctie is opgelegd, voor ten hoogste één week. (...)

2. Op de vordering wordt niet beslist dan nadat degene aan wie de sanctie is opgelegd door de kantonrechter is gehoord, althans behoorlijk is opgeroepen. Tegen de beslissing staat geen rechtsmiddel open. (...)

4. De toepassing van het dwangmiddel wordt gestaakt, zodra het verschuldigde bedrag aan de instantie, belast met deze toepassing, is betaald. De toepassing van het dwangmiddel heft de verschuldigdheid niet op.’

Er zijn diverse uitspraken waarin een verzoek tot een verbod op gijzeling werd afgewezen. De Rechtbank Amsterdam oordeelde daartoe onder meer dat het belang van verzoeker om gijzeling te voorkomen niet door de schuldsaneringsregeling wordt beschermd en dat er gelet op de hoogte van de boete geen reden was om de met veel waarborgen omklede incassoprocedure te door kruisen.¹⁶⁹ De Rechtbank Middelburg oordeelde in gelijke zin.¹⁷⁰ In die zaak stelde verzoekster dat zij bij gijzeling haar baan zou verliezen en dat daardoor het inkomen zou dalen. Bovendien dreigde dan een ondertoezichtstelling van haar kind. Het ging om een gijzeling van zeven dagen en een boete van € 380,-. In een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam werd in de overweging betrokken dat het om niet-saneerbare schulden zou gaan.¹⁷¹ De rechtbank baseerde zich daarbij op een brief van de schuldhulpverlenende instantie. Dit is niet juist. Niet-saneerbare schulden zijn de in art. 358 lid 4 genoemde schulden. Dit betreft schulden die – kort samengevat – voortvloeien uit beslissingen van de strafrechter, maar daarvan is hier geen sprake. Uit de praktijk blijkt dat echter dat veel schuldhulpverleners verkeersboetes (op grond van de Wet Mulder) als niet-saneerbaar beschouwen.¹⁷²

In een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam uit 2008 werd het verzoek echter wel toegewezen met de enkele overweging dat de voorziening was gerechtvaardigd met het oog op het met de schuldsaneringsregeling te bereiken doel.¹⁷³ De Rechtbank Overijssel oordeelde in 2013 in soortgelijke zin.¹⁷⁴ Deze rechtbank oordeelde dat het belang van verzoeker om zijn baan te behouden (en daardoor zijn kansen op toelating tot de schuldsaneringsregeling te vergroten) zwaarder woog dan het belang van de officier van justitie. Deze laatste

169 Rb. Amsterdam 14 mei 2009, FT RK08.2070 en Rb. Amsterdam 27 mei 2010, FT RK 10.967.

170 Rb. Middelburg 19 mei 2010, 72798/10-236 en 72799/10-237 (niet gepubliceerd).

171 Rb. Amsterdam 7 januari 2009, FT 09.0030.

172 Overigens zou bij strafrechtelijke boetes geen sprake van gijzeling zijn maar van het ondergaan van vervangende hechtenis (art. 24c Sr).

173 Rb. Amsterdam 29 december 2008, FT 08.2069 en 08.207.

174 Rb. Overijssel 18 november 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:4561.

uitspraken lijken mij juist. Bedacht moet immers worden dat de onderliggende schuld met een gijzeling nog niet is voldaan. Een gijzeling dient er immers toe de schuldenaar ertoe te brengen zijn schuld alsnog te voldoen, maar op het moment dat het CJIB op de hoogte raakt van een Wsnp-verzoek lijkt het aldus afdwingen van een betaling paulianeus ex art. (313 j°) 47.¹⁷⁵ In art. 47 is immers bepaald dat voldoening door een schuldenaar aan een opeisbare schuld kan worden vernietigd als degene die de betaling ontving wist dat het faillissement (te lezen als: de schuldsaneringsregeling) reeds was aangevraagd. Op grond van die bepaling kan voldoening door de schuldenaar van een opeisbare schuld door de bewindvoerder worden vernietigd als de schuldeiser die de betaling ontving wist dat het faillissement (lees: de schuldsaneringsregeling) van de schuldenaar reeds was aangevraagd. Het gaat immers om een voldoening aan een opeisbare schuld terwijl de schuldeiser wist dat de schuldsaneringsregeling was aangevraagd.

Daar komt bij dat een schuldenaar die zich ten tijde van toelating tot de schuldsaneringsregeling in gijzeling bevindt, daaruit door de uitspraak tot toepassing – dus van rechtswege – is ontslagen. Dit volgt uit art. 302.¹⁷⁶ Dit is slechts anders als de gijzeling plaatsheeft wegens een vordering ten aanzien waarvan de schuldsaneringsregeling niet werkt zoals studieschulden ex art. 299a. Het geldt niet voor de in art. 358 lid 4 genoemde strafrechtelijk gerelateerde schulden. Deze vallen weliswaar niet onder de werking van de schone lei, maar omdat zij ten tijde van de toelating tot de schuldsaneringsregeling wel bestaan, vallen zij ex art. 299 wel onder de werking van die schuldsaneringsregeling. Een schuldenaar wordt daarom bij toelating tot de schuldsaneringsregeling uit een gijzeling ontslagen als hij gegijzeld wordt wegens het niet betalen van een strafrechtelijke schadevergoedingsmaatregel.¹⁷⁷

Voor wettelijke uitsluiting van de mogelijkheid tijdens de schuldsaneringsregeling de vervangende hechtenis ter zake van opgelegde boetes ten uitvoer te leggen zag de minister geen aanleiding.¹⁷⁸ Daarbij wees de minister erop dat het Openbaar Ministerie met de gerechtvaardigde belangen van de schuldenaar rekening moet houden, bijvoorbeeld door toe te staan dat de hechtenis in diens vrije tijd wordt ondergaan.¹⁷⁹

3.6.7 *Voorkomen executie vervangende hechtenis (art. 24c Sr)*

In een zaak bij de Rechtbank Arnhem werd verzocht een voorlopige voorziening te treffen ter voorkoming van het ondergaan van voorlopige hechtenis wegens een door de kantonrechter opgelegde boete. Verzoekster voerde daartoe aan dat zij geen opvang voor haar drie kinderen had omdat haar partner naar zijn werk moest omdat anders zijn werk op het spel kwam te staan. Het ging om een

175 Dat is waarschijnlijk bij een verzoek ex art. 287 lid 4 hetzij omdat de schuldeiser wordt opgeroepen hetzij omdat de schuldhulpverlener contact zal opnemen met de schuldeiser om te trachten dreigende gijzeling af te wenden.

176 De Rechtbank Overijssel overwoog enigszins cryptisch dat gijzeling tijdens de toepassing van de schuldsaneringsregeling niet mogelijk is, zodat de voorlopige voorziening belangen beschermt, die tijdens de toepassing van de schuldsaneringsregeling blijven bestaan.

177 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 942, nr. 24, p. 4 en 5 en Engberts 2014, (T&C In), aant. 5 bij art. 358.

178 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 942, nr. 24, p. 4 en 5. In het kader van de wijziging van art. 358 is per 1 januari 2008 de executietermijn van genoemde strafrechtelijk gerelateerde schulden verlengd (art. 76a Sr) zodat de tenuitvoerlegging ook na afloop van het schuldsaneringstraject kan plaatsvinden.

179 Verwezen werd daarbij naar Hof 's-Gravenhage 17 januari 2002, *KG* 2002, 63.

strafrechtelijke boete van € 450,-. Hiervan was, conform art. 24c Sr, bepaald dat deze bij niet betalen of verhaal zou worden vervangen door negen dagen vervangende hechtenis.

De rechter overwoog dat geen plaats is voor het treffen van een voorlopige voorziening omdat het niet gaat om een dwangmiddel om betaling af te dwingen maar om de tenuitvoerlegging van een rechterlijk vonnis dat blijkbaar onherroepelijk is.¹⁸⁰ Bovendien, zo oordeelde de rechtbank, gaat het om vervangende hechtenis en zal door de tenuitvoerlegging de boete komen te vervallen, zodat er in het licht van de noodzakelijk geachte sanering van schulden geen contra-indicatie is.

Het gaat in art. 287 lid 4 om het treffen van noodvoorzieningen met het oog op een te verwachten, komende schuldsanering. Indien toelating tot die schuldsaneringsregeling te verwachten is, gaat het er alleen om of de gevraagde voorziening noodzakelijk is teneinde de kans op het succesvol doorlopen van die schuldsaneringsregeling veilig te stellen. Indien de partner van verzoekster door de vervangende hechtenis daadwerkelijk zijn werk dreigt te verliezen – zonder nadere toelichting is dat niet aannemelijk – lijkt grond aanwezig om de voorziening wel te treffen. Daarbij moet bedacht worden dat de vordering tot betaling van de strafrechtelijke boete niet onder de werking van de schone lei valt (art. 358 lid 4) zodat de Staat (als schuldeiser) niets te kort komt.

Tot slot zij opgemerkt dat bij de tenuitvoerlegging van de voorlopige hechtenis rekening kan worden gehouden met de belangen van de schuldenaar.

3.6.8 *Verbod inname rijbewijs door de officier van justitie (Wet Mulder)*

De officier van justitie kan een rijbewijs op grond van art. 28a WAHV (Wet Mulder genoemd) innemen indien verhaal van openstaande verkeersboetes (opgelegd op basis van de WAHV) niet heeft plaatsgehad.¹⁸¹ Deze inneming duurt ten hoogste vier weken. Met de inneming wordt beoogd de verkeers-overtreder te dwingen de verkeersboete alsnog te betalen. In een zaak die leidde tot een uitspraak van de Rechtbank Alkmaar van 31 maart 2011 had de officier van justitie de verzoeker/schuldenaar meegedeeld dat hij had besloten zijn rijbewijs gedurende vier weken in te nemen op grond van genoemd art. 28a WAHV.¹⁸² De verzoeker/schuldenaar verzocht vervolgens de officier van justitie te verbieden het rijbewijs in te nemen. De rechtbank stelde vast dat er tegen dit besluit van de officier van justitie geen rechtsmiddel openstond zodat verzoeker ontvankelijk was in zijn 287 lid 4-verzoek.¹⁸³ Het is echter de vraag of de ontvankelijkheid van een 287 lid 4-verzoek afhangt van het ontbreken van een dergelijk rechtsmiddel. Het gaat er steeds om of sprake is van een spoedeisend belang in de zin van art. 287 lid 4. Indien een dergelijk rechtsmiddel open zou staan kan de verzoeker/schuldenaar nog steeds (een groot) belang bij zeer

¹⁸⁰ Rb. Arnhem 23 mei 2011, *LJN* BR1674.

¹⁸¹ De meer bekende benaming van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften.

¹⁸² Rb. Alkmaar 31 maart 2011, *LJN* BR4536, *TvS* 2011, 345, zie Rb. Noord-Holland 25 april 2013, *ECLI:NL:RBNHO:2013:CA3957*; afwijzing van een dergelijk verzoek primair omdat het minnelijke traject nog moest starten en het een verkapt 287b-verzoek betrof en ten overvloede na afweging van de belangen.

¹⁸³ De rechtbank verwijst naar HR 10 maart 2006, *LJN* AU8172.

spoedige teruggave of direct behoud van het rijbewijs hebben. Dan acht ik een voorziening ex art. 287 lid 4 onder omstandigheden op haar plaats. In genoemde uitspraak wees de rechtbank het verzoek toe en werd de officier van justitie verboden tot innemen van het rijbewijs over te gaan totdat op het Wsnp-verzoek zou zijn beslist. De rechtbank overwoog daartoe dat verzoeker het rijbewijs nodig had voor zijn werk en dat hij zijn baan dreigde te verliezen als hij dat zou moeten inleveren. In deze uitspraak valt op dat er geen overweging wordt gewijd aan de belangen van de officier van justitie in dezen.

3.6.9 *Schorsing van de executieveiling van een woning door een hypotheeknemer*

Dit geval heeft zich in de jurisprudentie éénmaal voorgedaan.¹⁸⁴ Het betrof een niet nader omschreven verzoek met betrekking tot een ingezette executieveiling van een woning door de hypothecaire schuldeiser. De rechtbank wees dit verzoek af. Zij overwoog dat de gedachte achter art. 287 lid 4 is dat in afwachting op de beslissing op het Wsnp-verzoek een tijdelijke voorziening moet kunnen worden getroffen in die gevallen waarin de wettelijke situatie door toepassing van de schuldsaneringsregeling zou wijzigen, bijvoorbeeld omdat gelegde beslagen dan vervallen. Omdat de hypothecaire schuldeiser tijdens een schuldsaneringsregeling tot verkoop van de woning kan overgaan was er voor de rechtbank geen aanleiding tot het treffen van een voorlopige voorziening. Dit lijkt juist.

3.6.10 *Opschorting voorgenomen loon- of uitkeringsbeslag*

In een zaak bij de Rechtbank Rotterdam werd om opschorting van een dreigend loonbeslag gevraagd.¹⁸⁵ De rechtbank verklaarde zichzelf onbevoegd omdat opschorting van een loonbeslag een beslissing van constitutieve aard zou zijn, welke is voorbehouden aan de bodemrechter en bij wijze van uitzondering en onder zeer bijzondere omstandigheden aan de voorzieningenrechter. Volgens de rechtbank verzet het systeem van de wet zich ertegen dat bij de insolventierechter om opschorting van een beslag kan worden gevraagd.

Dit lijkt om verschillende redenen geen juiste uitspraak. Opschorting van een beslag moet als schorsing van een (op handen zijnde) executie worden beschouwd en niet als een opheffing van een beslag. Voorts geldt dat opheffing van een beslag ex art. 287 lid 4 onder omstandigheden wel mogelijk is.¹⁸⁶ Door de beslissing van de rechtbank dat zij niet bevoegd is, komt zij niet toe aan de interessante vraag of een voorziening kan worden gegeven bij een dreigende executie door een schuldeiser. Ik meen dat dat wel mogelijk is, mits de dreiging voldoende concreet is, bijvoorbeeld bij een laatste aanzegging door de executerende deurwaarder. In gelijke zin wordt immers geoordeeld in het 'gewone' kort geding.¹⁸⁷ De vergelijking met een aanzegging van een woningontruiming,

¹⁸⁴ Rb. Haarlem 10 november 2010, *LJN* BO4561.

¹⁸⁵ Rb. Rotterdam 28 april 2011, *TvS* 2011, 344.

¹⁸⁶ Zie par. 3.6.4.

¹⁸⁷ Zie o.a. HR 4 maart 1938, *NJ* 1938/948, HR 14 februari 1946, *NJ* 1947/155 en Blaauw 2002, p. 191. Zie par. 2.4.3.

waarvoor eveneens voorlopige voorzieningen ex art. 287 lid 4 kunnen worden gegeven, ligt hierbij tevens voor de hand.

3.6.11 *Voorkomen dat een conservatoir beslag executoriaal wordt*

In een zaak bij de Rechtbank Utrecht werd verzocht te voorkomen dat onder een tweetal banken gelegde conservatoire (derden)beslagen executoriaal zouden worden.¹⁸⁸ De rechtbank wees het verzoek af. De stukken van de bodem-procedure waren reeds aan de rechter voorgelegd tot het geven van een beslissing. Een voorlopige voorziening kan de procedure niet schorsen. De rechtbank verwees hierbij naar het bepaalde in art. 30 j° 313 waaruit volgt dat die procedure bij toelating tot de schuldsaneringsregeling niet zou worden geschorst. De rechtbank overwoog voorts dat een voorlopige voorziening ex art. 287 lid 4, gelet op zijn wetsgeschiedenis, niet meer kan omvatten dan de gevolgen van de toepassing van de schuldsaneringsregeling.

3.6.12 *Conclusie*

De jurisprudentie laat veel verschillende voorzieningen zien. Deze voorzieningen komen – samengevat – neer op het opheffen dan wel schorsen van beslagen of andere executiemaatregelen. Indien het spoedeisend belang bij die voorziening aannemelijk is en het te verwachten is dat het (onderliggende) Wsnp-verzoek wordt toegewezen, zal de insolventierechter de gevraagde voorziening in beginsel geven en zal hij het beslag schorsen/opheffen dan wel gelasten dat de executie wordt gestaakt. Hierbij geldt wel dat de voorlopige voorziening in beginsel niet verder kan strekken dan hetgeen de te verwachten toepassing van de schuldsaneringsregeling tot gevolg heeft. Bij duurovereenkomsten geldt als aanvullende eis dat aannemelijk is dat lopende verplichtingen worden voldaan. Verzoeken betreffende loon- of uitkeringsbeslagen worden – in afwijking van dit beeld – soms toch afgewezen omdat geoordeeld wordt dat de verzoeker van de zogeheten beslagvrije voet moet kunnen rondkomen. In de kortgedingjurisprudentie worden strenge eisen gesteld aan het treffen van voorzieningen tot opheffing of schorsing van beslagen of staken van executies. Afgezien van enkele gronden van meer formele aard¹⁸⁹ wordt slechts tot opheffing of schorsing van beslagen overgegaan indien sprake is van misbruik van executiebevoegdheid. Daarvan is slechts sprake indien de executant, mede gelet op de belangen van de geëxecuteerde die zullen worden geschaad, geen in redelijkheid te respecteren belang heeft bij gebruikmaking van zijn bevoegdheid om in afwachting van de uitslag van het hoger beroep tot tenuitvoerlegging over te gaan.¹⁹⁰ Dit verschil valt te verklaren uit het gegeven dat beslagen en executies bij een toelating tot de schuldsaneringsregeling worden geschorst (art. 301 lid 2).

¹⁸⁸ Rb. Utrecht 22 november 2011, *L/N* BU6181.

¹⁸⁹ Dit betreft (art. 438 lid 2 Rv): de beweerde titel is geen executoriale titel in de zin van art. 430 lid 1 Rv, formele voorwaarden voor executie ontbreken, de titel heeft zijn executoriale kracht verloren en executie vindt plaats ten aanzien van niet voor beslag vatbare goederen.

¹⁹⁰ HR 24 februari 1989, *NJ* 1989/551. Zie nader par. 2.4.3.

3.7 Verhouding tot een bodemprocedure

Uit de verwijzing naar art. 257 Rv volgt dat de bodemrechter, zijnde de insolventierechter die zich over het Wsnp-verzoek buigt, niet is gebonden aan de beslissing op het art. 287 lid 4-verzoek. Kan dit dezelfde rechter zijn die op het verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening beslist? Het is gebruikelijk dat de kortgedingrechter in een nadien aangespannen bodemprocedure niet als rechter optreedt. Daar staat tegenover dat de rechter die een voorziening geeft op grond van art. 223 Rv in de regel wel de hoofdzaak afdoet.¹⁹¹

Uit de onder de leden van Recofa gehouden enquête blijkt dat 18 rechtbanken op dit punt geen beleid voeren. Eén rechtbank gaf aan dat de rechter die op het 287 lid 4-verzoek beslist in beginsel nadien tevens op het Wsnp-verzoek beslist.¹⁹²

Een voorziening ex art. 287 lid 4 is beter te vergelijken met die van art. 223 Rv dan met die van art. 254 Rv. Het 287 lid 4-verzoek wordt immers gedaan in het kader van een Wsnp-verzoek en wordt dus, evenals een verzoek ex art. 223 Rv, gedaan in het kader van een lopende ‘bodemprocedure’. In een dergelijk geval doet de rechter die op het 223Rv-verzoek beslist, uitspraak in de zaak ten gronde, de bodemzaak. In par 2.4.5 is beschreven dat dit genade lijkt te vinden in de ogen van de Hoge Raad, maar in de literatuur niet onomstreden is.¹⁹³ Aangezien de rechter die op het 287 lid 4-verzoek beslist toch in enige mate op het Wsnp-verzoek zal moeten vooruitlopen, verdient het de voorkeur dat een andere rechter op dat Wsnp-verzoek beslist. Als het 287 lid 4-verzoek is afgewezen omdat toelating tot de schuldsaneringsregeling niet te verwachten is, zal de verzoeker er immers op goede gronden weinig vertrouwen in hebben dat het Wsnp-verzoek door diezelfde rechter toch wordt toegewezen. Als het 287 lid 4-verzoek is toegewezen omdat toelating tot de schuldsaneringsregeling wel is te verwachten, kunnen schuldeisers – hoewel zij geen partij zijn in die procedure – zich in redelijkheid afvragen of diezelfde rechter nog kritisch naar het Wsnp-verzoek zal kijken.

3.8 Rechtsmiddelen

Voor de mogelijkheid van het instellen van hoger beroep wordt in art. 287 lid 4, laatste zin, verwezen naar bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aangaande hoger beroep tegen beschikkingen (art. 358-362 Rv). Hieruit volgt dat de beslissing op het verzoek een beschikking is, dat zowel de schuldenaar als de al dan niet verschenen belanghebbende hoger beroep kan instellen en dat de beroepstermijn drie maanden is.¹⁹⁴ Dat is in het stelsel van rechtsmiddelen in de Faillissementswet een zeer lange beroepstermijn.

¹⁹¹ Par. 2.4.5.

¹⁹² Engberts 2014, p. 21.

¹⁹³ Van Maanen 2012, (T&C Rv), art. 223 Rv, aant. 5a en Van Dam-Lely 2014, (T&C Rv), art. 223 Rv, aant. 5a menen dat dat niet kan. Von Schmidt auf Altenstadt 2003, p. 39, meent dat dat wel mogelijk is.

¹⁹⁴ Er wordt dan van uitgegaan dat van art. 358 Rv lid 2 wel en lid 3 niet van toepassing is, omdat lid 3 ziet op zaken betreffende testamentair bewind.

Mij is geen geval bekend waarin de belanghebbende/schuldeiser in hoger beroep is gekomen van een beschikking ex art. 287 lid 4. Wel is uit de jurisprudentie een zaak bekend waarin telkens, bij de rechtbank, vervolgens in hoger beroep en ten slotte in cassatie een voorlopige voorziening werd gevraagd. In hoger beroep waren zowel het 287 lid 4-verzoek als het Wsnp-verzoek afgewezen. Tegen die laatste beslissing was beroep in cassatie ingesteld en tevens was in cassatie een 287 lid 4-verzoek gedaan.¹⁹⁵

De advocaat-generaal wees er in zijn conclusie – feitelijk ten overvloede – op dat in art. 287 lid 4 niet wordt verwezen naar bepalingen betreffende beroep in cassatie (zijnde art. 398 Rv e.v.). Vanwege het in art. 360 neergelegde gesloten stelsel van rechtsmiddelen concludeerde hij daarom dat het niet mogelijk is cassatieberoep in te stellen tegen afwijzing van een 287 lid 4-verzoek.¹⁹⁶ Deze redenering is volgens mij sluitend. Bovendien past het niet bij ons stelsel als de Hoge Raad voorlopige voorzieningen zou geven. Indien, hangende het beroep in cassatie, sprake is van een spoedeisende situatie kan bovendien een kort geding ex art. 254 Rv aanhangig worden gemaakt. Indien de Hoge Raad het arrest van het hof vernietigt en de zaak naar een ander hof verwijst, kan bij dat hof een 287 lid 4-verzoek worden ingediend.

3.9 Het toepassingsgebied van art. 287 lid 4

Uit de jurisprudentie blijkt dat een verzoek ex art. 287 lid 4 niet steeds wordt gedaan ter overbrugging van de periode totdat op het schuldsaneringsregeling verzoek is beslist. In deze paragraaf worden die situaties beschreven en geanalyseerd aan de hand van jurisprudentie. Het gaat om de volgende gevallen:

- 3.9.1. Het 287 lid 4-verzoek in combinatie met een 287a-verzoek
- 3.9.2. Het 287 lid 4-verzoek in combinatie met een verzoek tot omzetting van een faillissement in een schuldsaneringsregeling
- 3.9.3. Een 287 lid 4-verzoek samen met een 287b-verzoek
- 3.9.4. Een 287 lid 4-verzoek als basis voor een voorziening ex art. 438 of 705 Rv

3.9.1 *Het 287 lid 4-verzoek in combinatie met een 287a-verzoek*

De Rechtbank Rotterdam heeft in 2009 een verzoek tot het geven van een voorlopige voorziening ex art. 287 lid 4 in het kader van een 287a-verzoek toegewezen.¹⁹⁷ In deze zaak had de weigerende schuldeiser loonbeslag ad € 60,- per maand gelegd. De schuldenaar (verzoekster) vroeg opheffing van dit beslag voor de duur van drie maanden. Er was sprake van budgetbeheer en de verzoekster spaarde € 48,- per maand voor het treffen van een minnelijke schuldregeling waardoor zij slechts € 40,- per maand overhield voor kosten van

¹⁹⁵ Omdat het cassatieberoep werd verworpen, kwam de Hoge Raad niet toe aan de vraag of het mogelijk is in cassatie een 287 lid 4-verzoek te doen. HR 25 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:1031 (art. 81 lid 1 RO).

¹⁹⁶ Conclusie AG Timmerman 6 september 2013, ECLI:NL:PHR:2013:805 voor HR 25 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:1031. Zie hierover C. Seinen, 'Het verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening in appel en cassatie', *TvS* 2013/4, p. 20 e.v.

¹⁹⁷ Rb. Rotterdam 24 september 2009, *LJN* BJ9255.

levensonderhoud. De schuldeiser die het betrof was (op een termijn van twee dagen) wel opgeroepen maar niet ter zitting verschenen en had evenmin (inhoudelijk) op de oproep gereageerd. De rechtbank oordeelde dat verzoekster onweersproken had gesteld dat zij over onvoldoende inkomen beschikte om in haar levensonderhoud te voorzien waarmee de spoedeisendheid van haar verzoek voldoende vast stond. De rechtbank achtte verder niet onaannemelijk dat het Wsnp-verzoek zou worden toegewezen. De rechtbank oordeelde dat het gelet op de bedoeling van de wetgever in de rede lag dat in een situatie als deze waarbij verzoekster verplichtingen had uit het schuldhelpverleningscontract, financiële speelruimte ontbrak en de belangen van de schuldeisers zoveel als mogelijk waren gewaarborgd, de schuldeiser een pas op de plaats moest maken totdat een beslissing ex 287a of 284 in kracht van gewijsde zou gaan dan wel het Wsnp-verzoek zou zijn ingetrokken. De uitspraak komt erop neer dat de beslissing om in het kader van een schuldregeling te gaan sparen voor de schuldeisers voorgaat op het loonbeslag door één van de schuldeisers.

De Rechtbank Rotterdam heeft in 2008 in een andere, soortgelijke zaak het 287 lid 4-verzoek eveneens toegewezen.¹⁹⁸ De weigerende schuldeiser had in dat geval tot tweemaal toe beslag gelegd op het saldo dat verzoeker had gespaard bij de schuldhelpverlenende instantie. De eerste maal was ongeveer € 1.700,- geïnd. De tweede maal werd beslag gelegd op een saldo ad € 3.200,- maar dit was – zo kan uit de uitspraak worden afgeleid – nog niet geïnd. De rechtbank stelde vast dat zich een situatie als bedoeld in art. 287 lid 4 voordeed. De rechtbank oordeelde vervolgens dat niet op voorhand onaannemelijk is dat het Wsnp-verzoek wordt toegewezen. Vervolgens werd een belangenafweging gemaakt. Het belang van verzoekers om het saldo op de rekening van de schuldhelpverlener beschikbaar te houden voor de schuldeisers met wie zij een schuldregeling wilden treffen woog dan zwaarder. Dit komt overeen met de als eerste genoemde uitspraak van deze rechtbank uit 2009. De rechtbank oordeelde in de uitspraak uit 2008 dat de schuldeiser door de herhaalde beslaglegging het treffen van een schuldregeling frustreert of zelfs onmogelijk maakt en dat het gelet op de bedoeling van de wetgever in de rede ligt als de schuldeisers een pas op de plaats maken tot de beslissing op het 287a-verzoek in kracht van gewijsde is gegaan dan wel genoemd verzoek is ingetrokken. De rechtbank schorste vervolgens het gelegde beslag totdat onherroepelijk op het 287a-verzoek dan wel het Wsnp-verzoek was beslist.

De Rechtbank Noord-Nederland oordeelde in 2013 dat uit de tekst en strekking van art. 287 niet volgt dat een voorziening in verband met de behandeling van een 287a-verzoek kan worden gevraagd.¹⁹⁹ Het feit dat de schuldenaar volgens art. 287a in het Wsnp-verzoek oplegging van een dwangregeling aan de rechter kan vragen, brengt dat niet mee. Het Wsnp-verzoek dient, aldus de rechtbank, in dat geval ter voorlichting van de rechter die over het 287a-verzoek moet beslissen. Bovendien, zo overwoog de rechtbank, betekent een afwijzing van het 287a-verzoek niet per se dat op het Wsnp-verzoek moet worden beslist. Het Wsnp-verzoek kan immers worden ingetrokken.

198 Rb. Rotterdam 18 september 2008, *LJN* BF8163, *TvS* 2009, 262.

199 Rb. Noord-Nederland 27 februari 2013, *FR* RK 13-131 (niet gepubliceerd).

Ik zie – anders dan de Rechtbank Noord-Nederland – geen probleem bij de toepassing van art. 287 lid 4 indien in het Wsnp-verzoek tevens om oplegging van een dwangregeling ex art. 287a wordt verzocht. Een 287a-verzoek vormt steeds een onderdeel van een Wsnp-verzoek. Het is weliswaar juist dat het Wsnp-verzoek kan worden ingetrokken, maar dat hoeft niet. Indien het Wsnp-verzoek wordt gehandhaafd, is een schuldsaneringsregeling in het geval van intrekking of afwijzing van het 287a-verzoek mogelijk. Dan kunnen eventuele voorzieningen ter overbrugging tot de mogelijke toelating tot de schuldsaneringsregeling gerechtvaardigd zijn.

Een andere vraag is of art. 287 lid 4 van toepassing is indien het Wsnp-verzoek niet wordt gehandhaafd en de verzoeker bijvoorbeeld van een afwijzing van het 287a-verzoek in hoger beroep komt.²⁰⁰ Algemener geformuleerd is de vraag of art. 287 lid 4 kan strekken tot overbrugging van de periode totdat op het 287a-verzoek is beslist.

Uit de wetsgeschiedenis van art. 287 lid 4 blijkt dat de te treffen voorzieningen zien op de periode tot aan de (eventuele) toelating tot de schuldsaneringsregeling, maar in art. 287 lid 4 zelf staat dat niet. Die tekst verzet zich niet tegen het geven van een voorlopige voorziening totdat op het 287a-verzoek is beslist. Art. 287 lid 4 vermeldt slechts dat de rechtbank bevoegd is in spoedeisende zaken een voorlopige voorziening te treffen alsook dat een verzoek daartoe in een Wsnp-verzoek moet worden gedaan. Mijn conclusie is dat een 287 lid 4-verzoek kan worden toegewezen indien een 287a-verzoek is gedaan en duidelijk is dat verzoeker het onderliggende Wsnp-verzoek niet handhaaft of zal handhaven. Dit geldt, anders dan Rechtbank Haarlem oordeelde, eveneens indien het 287a-verzoek wordt toegewezen. De schuldeiser, tegen wie het vonnis zich richt, kan van dat vonnis immers in hoger beroep komen en de beslissing is niet uitvoerbaar bij voorraad.²⁰¹ Hangende dat hoger beroep kan die schuldeiser bijvoorbeeld zijn beslag handhaven of beslag gaan leggen. Een voorlopige voorziening ex art. 287 lid 4 kan dan wenselijk zijn als, bijvoorbeeld, door dat beslag nieuwe schulden kunnen ontstaan.

Het bovenstaande in ogenschouw nemend geldt dat de insolventierechter bij de beoordeling van een 287 lid 4-verzoek in verband met een 287a-verzoek het volgende moet betrekken:

- de vraag of toewijzing van het 287a-verzoek waarschijnlijk is,
- de vraag hoe lang het duurt voordat op het 287a-verzoek kan worden beslist,
- het belang van verzoeker bij de voorziening (dit te relateren aan de mogelijkheid de aanstaande dwangregeling te kunnen uitvoeren),
- het belang van de schuldeiser bij (voortzetting van) de executie.

²⁰⁰ De Hoge Raad heeft dat in zijn arrest van 14 december 2012 mogelijk gemaakt: HR 14 december 2012, *LJN* BY0966, *NJ* 2013/43.

²⁰¹ In de praktijk worden deze uitspraken meestal wel uitvoerbaar bij voorraad verklaard, maar daarvoor is geen wettelijke grondslag te vinden.

3.9.2 *Het 287 lid 4-verzoek in combinatie met een verzoek tot omzetting van een faillissement in een schuldsaneringsregeling*

In de zaak die leidde tot de uitspraak van de Rechtbank Almelo van 21 maart 2008 was een 287 lid 4-verzoek gedaan in verband met een verzoek tot omzetting van een faillissement in een schuldsaneringsregeling (art. 15b).²⁰² Verzocht werd de tenuitvoerlegging van een ontruimingsvonnis (huurwoning) te verbieden. De rechtbank verklaarde verzoeker in dat 287 lid 4-verzoek – zonder hem te horen – niet-ontvankelijk omdat een oneigenlijke weg werd bewandeld.²⁰³ De rechtbank overwoog daartoe dat al sprake was van fixatie ten gevolge van een insolventieregime (het faillissement) en dat niet aannemelijk was dat het de bedoeling van de wetgever was geweest de vereenvoudigde mogelijkheid tot het treffen van een voorlopige voorziening te laten gelden voorafgaand aan een beslissing op het omzettingsverzoek.

Het is juist dat in genoemde situatie sprake is van de toepasselijkheid van een insolventieregime, te weten het faillissement. De rechtbank ziet echter over het hoofd dat dit regime op een aantal belangrijke punten verschilt van dat van de schuldsaneringsregeling. Hiervoor is al uiteengezet dat een ontruimingsvonnis wegens financiële tekortkomingen in de schuldsaneringsregeling niet ten uitvoer gelegd kan worden (art. 305). Het faillissement kent echter niet een dergelijke bepaling. Dit betekent dat een gefailleerde schuldenaar, hangende een beslissing op zijn omzettingsverzoek, uit zijn woning kan worden gezet op grond van een vóór het faillissement gewezen ontruimingsvonnis. Daarmee wordt de kans op een succesvolle schuldsaneringsregeling kleiner. Art. 287 lid 4 beoogt dat te voorkomen en zou daarom in deze situatie kunnen worden toegepast. Het feit dat deze gefailleerde onder het voor 1 januari 2008 geldende recht voorlopig tot de schuldsaneringsregeling kon worden toegelaten pleit voor dit standpunt. Mijn conclusie is dat art. 287 lid 4 tevens bij omzettingsverzoeken in de zin van art. 15b kan worden toegepast indien het om voorzieningen gaat waarmee vooruit wordt gelopen op de regels die – anders dan in een faillissement – in een schuldsaneringsregeling gelden. Het gaat met name om toepassing van art. 304 (nutsvoorzieningen) en 305 (huur).

3.9.3 *Een 287 lid 4-verzoek samen met een 287b-verzoek*

Het is in de jurisprudentie eenmaal voorgekomen dat een 287b-verzoek werd gedaan en dat verzoeker daaroverheen een verzoek ex art. 287 lid 4 deed. Aangenomen mag worden dat dit samenhang met de omstandigheid dat de gemeente niet zou worden opgeroepen voor de behandeling van dit 287 lid 4-verzoek zodat een zeer snelle beslissing op dit verzoek mogelijk was.

Deze zaak betrof een verzoek tot het verbieden van de tenuitvoerlegging van een ontruimingsvonnis dat was gebaseerd op het niet-nakomen van afspraken die

²⁰² Rb. Almelo 21 maart 2008, *LJN* BD1913.

²⁰³ De Hoge Raad verklaart een appellant sinds 2010 alleen niet-ontvankelijk indien op processuele gronden niet aan beoordeling van het beroep wordt toegekomen, zie HR 9 juli 2010, *LJN* BM2337, *NJ*2012, 226, m.nt. H.J. Snijders. Tegen die achtergrond is verdedigbaar dat afwijzing van het verzoek meer in de rede ligt.

in het kader van een ‘zorgdakproject’ waren gemaakt en wegens het veroorzaken van overlast. Niet was gesteld of gebleken dat de desbetreffende gemeente de gebruiksovereenkomst – er was waarschijnlijk geen sprake van een huurovereenkomst – had beëindigd wegens het niet-betalen van de gebruiksvergoeding. De Rechtbank Haarlem oordeelde dat er daarom geen beroep op art. 305 lid 2 gedaan kon worden. Die bepaling betreft alleen de tenuitvoerlegging van ontruimingsvonnissen wegens huurachterstand. Dit betekende dat art. 287b evenmin kon worden toegepast en om die reden werd het verzoek ex art. 287 lid 4 afgewezen.²⁰⁴ De rechtbank heeft zich derhalve niet (expliciet) uitgelaten over de vraag of art. 287 lid 4 in deze situatie van toepassing is. Hierna zal nog blijken dat in gevallen waarin niet op de behandeling ter zitting kan worden gewacht de voorziening ex art. 287b zonder mondelinge behandeling wordt gegeven en wel voor de tijd totdat op het verzoekschrift ex art. 287b is beslist.²⁰⁵ In die zin lijkt de noodzaak van het indienen van een 287 lid 4-verzoek niet aanwezig.

3.9.4 *Een 287 lid 4-verzoek als basis voor een voorziening ex art. 438 of 705 Rv*

Een atypisch geval is tot slot te vinden in een uitspraak van de Rechtbank Arnhem.²⁰⁶ In die zaak was door een echtpaar een verzoek tot opheffing van het beslag op inboedelzaken gedaan. De rechtbank oordeelde dat niet aannemelijk was dat het (onderliggende) Wsnp-verzoek zou worden toegewezen. Het bleek echter dat beslag was gelegd op roerende zaken van de partner van de schuldenaar met wie hij buiten gemeenschap van goederen was gehuwd. Het beslag was daarom onrechtmatig, maar het was niet aannemelijk dat de echtelieden tot de schuldsaneringsregeling toegelaten zouden worden. Strikt genomen zou naar de voorzieningenrechter verwezen moeten worden. Desondanks hief de rechtbank het beslag op grond van art. 438 – voorzover het dus rustte op goederen van de partner – op. De rechtbank betrok bij de overwegingen dat de wetgever ervoor heeft gekozen de te geven voorlopige voorziening niet in te kaderen en dat de opheffing van het beslag wel binnen de wettekst past.

Uit deze casus zijn argumenten te putten voor een uitbreiding van de bevoegdheden van de insolventierechter in het zicht van toelating tot een schuldsaneringsregeling. Een dergelijke uitbreiding van het toepassingsgebied van art. 287 lid 4 zou echter een te grote inbreuk maken op het huidige wettelijk systeem waarin de executierechter op eenvoudige wijze kan worden ingeschakeld en over voldoende bevoegdheden beschikt. Met het KEI-wetsvoorstel komt dat wellicht anders te liggen. Dat voorstel voorziet erin dat in één procesinleiding zowel een verzoek wordt gedaan als een vordering wordt ingesteld (art. 30b lid 1 Rv ontwerp). Problematisch is echter dat dan de bepalingen van de vorderingsprocedure van toepassing zijn (art. 30b lid 2 Rv ontwerp). Dat zou betekenen dat griffierecht verschuldigd wordt en de verzoeker een advocaat in de

²⁰⁴ Rb. Haarlem 27 juli 2010, *LJN* BN2790.

²⁰⁵ Rb. Amsterdam 12 juni 2008, *LJN* BD6299.

²⁰⁶ Rb. Arnhem 9 september 2010, *LJN* BN6673.

arm moet nemen om voor hem de procedure te voeren. Daarmee lijkt de beschreven combinatie geen aantrekkelijke optie.²⁰⁷

3.9.5 Conclusie

De conclusie is dat art. 287 lid 4 ten opzichte van de voorlopige toepassing van de schuldsaneringsregeling in de eerste twee genoemde gevallen een toegevoegde waarde heeft. Dit betreft de situatie waarin om voorzieningen in de aanloop naar de behandeling van een 287a-verzoek wordt gevraagd óf waarin voorzieningen nodig zijn in de aanloop naar een omzetting van een faillissement in een schuldsaneringsregeling. Het belang ervan moet echter niet worden overschat omdat zowel het 287a-verzoek als het omzettingsverzoek in de praktijk veelal op korte termijn worden behandeld. In beide andere situaties (gecombineerd met een 287b-verzoek of als basis voor een voorziening ex art. 438 of 705 Rv) zie ik geen rol weggelegd voor art. 287 lid 4.

3.10 Het functioneren en bestaansrecht van art. 287 lid 4

3.10.1 *Art. 287 lid 4 versus de voorlopige toepassing van art. 287 lid 2 oud*

De vraag is of met de afschaffing van de voorlopige toepassing van de schuldsaneringsregeling (art. 287 lid 2 oud) per 1 januari 2008 het spreekwoordelijke kind met het badwater is weggegooid. Met een voorlopige toepassing waren immers vrijwel alle problemen op te lossen waarvoor nu, met 287 lid 4-verzoeken, een voorziening kan worden gevraagd. Bij een voorlopige toepassing van de schuldsaneringsregeling kon een ontruimingsvonnis ter zake van huurwoningen, een vonnis strekkende tot afsluiting van nutsvoorzieningen niet ten uitvoer worden gelegd (par. 3.6.1 en 3.6.2), werd de levering van een reeds afgesloten nutsvoorziening hersteld (par. 3.6.3), werd de verkoop van roerende zaken en loon- of uitkeringsbeslag geschorst (par. 3.6.4 en 3.6.10) en werd een gijzeling beëindigd (par. 3.6.6). Die gijzeling is immers een middel om de schuldenaar tot betaling van – onder de werking van de schuldsaneringsregeling vallende – schulden (verkeersboetes) te brengen. Bij inname rijbewijs door de officier van justitie (Wet Mulder) kan eveneens worden aangenomen dat deze bij een voorlopige toepassing van de schuldsaneringsregeling zou eindigen.

De in dit hoofdstuk aan de orde gestelde vragen en problemen kwamen bij een beslissing over al dan niet voorlopig van toepassing verklaren van de schuldsaneringsregeling echter niet aan de orde. Van een vereenvoudiging van de schuldsaneringsregeling, zoals beoogd met wetsontwerp 29 942, is in die zin geen sprake.²⁰⁸ Daar staat tegenover dat met art. 287 lid 4 een meer op maat gesneden voorziening kan worden gegeven waar de voorlopige toepassing van de schuldsaneringsregeling de toepasselijkheid van alle regels van een

²⁰⁷ Wel prikkelt dit tot nadenken over een geconcentreerdere rechterlijke bemoeienis met de schuldenproblematiek. Onderzoek naar een 'schuldenrechter' is gewenst.

²⁰⁸ Zie Noordam 2008, p. 287.

schuldsaneringsregeling met zich bracht alsook dat de voorlopige toepassing (andere) vraagpunten met zich mee bracht.²⁰⁹

Invoering van art. 287 lid 4 is daarnaast een verbetering omdat het, anders dan bij een voorlopige toepassing, kan worden gecombineerd met een 287a-verzoek.

3.10.2 *Bestaansrecht naast de kortgedingprocedure ex art. 254 Rv?*

Een andere vraag is of de beide bepalingen naast in het burgerlijk procesrecht bestaande regelingen noodzakelijk zijn. Voorlopige voorzieningen kunnen immers eveneens bij de gewone voorzieningenrechter gevraagd worden (art. 254 Rv). Verschil met de kortgedingprocedure is dat het in art. 287 lid 4 om een verzoekschriftprocedure gaat, er geen sprake is van verplichte procesverteenwoordiging (bij het kort geding bij de kantonrechter is dat overigens evenmin het geval) en er geen griffierecht is verschuldigd.²¹⁰ De drempel voor het doen van 287 lid 4-verzoeken is aldus laag. Een ander voordeel is dat de verzoeken ex 287 lid 4 door een insolventierechter worden beoordeeld, welke rechter goed is ingevoerd in de ‘ins en outs’ van de schuldsaneringsregeling terwijl deze rechter bij de beoordeling van de verzoeken over een (volledig) Wsnp-verzoek beschikt. Doordat de insolventierechter verzoeken is gaan behandelen, is bovendien een rechtsontwikkeling op gang gekomen die minder goed denkbaar was geweest indien de voorzieningenrechter belast zou zijn geweest met de beoordeling van deze verzoeken. In kort geding geldt bijvoorbeeld dat de rechter slechts de staking van de tenuitvoerlegging van een ontruimingsvonnis beveelt, indien hij van oordeel is dat de executant, mede gelet op de belangen aan de zijde van de geëxecuteerde die door de ontruiming zullen worden geschaad, geen in redelijkheid te respecteren belang heeft bij gebruikmaking van zijn bevoegdheid om tot tenuitvoerlegging over te gaan. Voor schorsing van de tenuitvoerlegging van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis is slechts plaats indien de executant, door over te gaan tot tenuitvoerlegging, misbruik van bevoegdheid maakt.²¹¹ De insolventierechter heeft en neemt tegen de achtergrond van het Wsnp-verzoek en de bepaling dat ‘oude’ ontruimingsvonnissen tijdens de schuldsaneringsregeling niet ten uitvoer kunnen worden gelegd (art. 305 lid 2), meer ruimte voor toewijzing van 287 lid 4-verzoeken betreffende de schorsing van tenuitvoerlegging van een ontruimingsvonnis. Een voorzieningenrechter zou, zo is mijn inschatting, meer moeite hebben die ‘vrijheid’ te nemen. Deze bijzondere kenmerken vormen het bestaansrecht van art. 287 lid 4 naast de kortgedingprocedure van art. 254 Rv.

3.10.3 *Functioneren art. 287 lid 4 in het algemeen*

In de literatuur zijn vooral over – het met art. 287 lid 4 vergelijkbare – art. 287b kritische geluiden te horen. Er is geen onderzoek bekend naar de werking van

²⁰⁹ Zoals de vraag wat bij het niet definitief worden van de schuldsaneringsregeling met een – na aftrek van de kosten overgebleven – boedelsaldo diende te gebeuren.

²¹⁰ Uitgangspunt is hierbij dat de op grond van art. 287 lid 4 te vragen voorzieningen niet bij de kantonrechter, als voorzieningenrechter rechtsprekend, gevraagd kunnen worden.

²¹¹ HR 22 april 1983, *NJ* 1984/145, m.nt. W.H. Heemskerk. Zie verder par. 2.4.3.

art. 287 lid 4. Noordam merkt op dat niet duidelijk is op welke termijn de rechter een 287 lid 4-verzoek zou moeten behandelen. Hij vraagt zich af of schuldenaren sneller een voorziening ex art. 287 lid 4 zullen krijgen dan via een regulier kort geding.²¹² Uit de jurisprudentie blijkt dat over het algemeen op relatief korte termijn op 287 lid 4-verzoeken wordt beslist.²¹³ De vrees van Noordam lijkt aldus niet bewaarheid.

Uit het stijgend aantal verzoeken op grond van deze bepalingen sinds 2008 kan – ondanks genoemde kritiek – worden afgeleid dat er behoefte bestaat aan de mogelijkheid van het treffen van een voorlopige voorziening.

3.11 Conclusies en aanbevelingen

3.11.1 Inleiding

In hoofdstuk 1 zijn met betrekking tot art. 287 lid 4 de volgende onderzoeksvragen gesteld:

- a. Binnen welk procedureel kader dient de procedure van art. 287 lid 4 te worden gezien?
- b. Op welke wijze wordt art. 287 lid 4 in de rechtspraak toegepast, tot welke procedurele problemen en onduidelijkheden geeft dit aanleiding en welke problemen doen zich voor in relatie tot het geschetste procedurele kader?
- c. Wat kunnen de voorlopige voorzieningenprocedures en andere regelingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bijdragen aan de verbetering en invulling van de (lacunair beschreven) procedure van art. 287 lid 4?
- d. Tot welke voorstellen voor verbetering en aanpassing van (de toepassing van) de art. 287 lid 4, 287a en 287b kan het voorgaande leiden?

In hoofdstuk 2 is ter beantwoording van vraag a een procedureel kader, waaronder het insolventieprocesrecht, voor de drie te onderzoeken wetsartikelen geschetst. De vragen b en c zijn in dit hoofdstuk beantwoord. Een belangrijk thema in dit onderzoek is dat de wetgever niet heeft voorzien in het horen van de schuldeiser op wie het 287 lid 4-verzoek betrekking heeft. Een aantal rechtbanken roept deze schuldeiser desondanks op om op het verzoek gehoord te worden, maar dit is niet steeds het geval. Het beginsel van hoor en wederhoor wordt dus niet altijd nageleefd. Dit gegeven valt te verklaren uit de spoedeisendheid van de procedure en doordat dit beginsel in het insolventieprocesrecht een minder prominente plaats inneemt, zeker waar in het schuldsanerings(proces)recht de schuldenaar tamelijk centraal staat. Uit het jurisprudentieonderzoek is gebleken dat de spoedeisendheid van de 287 lid 4-procedure niet snel betekent dat het horen van de (betrokken) schuldeiser niet mogelijk is. Interessant is voorts de toepassing van art. 287 lid 4 in verband met andere verzoeken zoals een 287a-verzoek. Mijn conclusie is dat art. 287 lid 4 kan worden toegepast lopende een 287a-verzoek alsook een verzoek tot omzetting van een faillissement in een schuldsaneringsregeling.

²¹² Noordam 2008, p. 273.

²¹³ Meestal zelfs na enkele dagen, zie bijvoorbeeld Rb. Haarlem 27 juli 2010, *LJN* BN2790, Rb. Arnhem 23 mei 2011, *LJN* BR1674 en Rb. Breda 4 april 2011, *LJN* BQ1672.

Bij beantwoording van vraag d (het doen van de aanbevelingen) wordt chronologisch te werk gegaan. Aldus wordt begonnen bij de fase voorafgaand aan het indienen van een 287-lid 4-verzoek en wordt geëindigd met de rechtsmiddelen en de procedure in hoger beroep.

3.11.2 *Voorfase en het verzoek*

Voorafgaand aan 287 lid 4-verzoeken heeft niet altijd overleg met de betrokken schuldeiser plaats. Om verschillende redenen zou een voorafgaand overleg echter moeten worden verplicht. Allereerst geldt dat een verplicht voortraject (het minnelijke traject) kenmerkend is voor het insolventieprocesrecht, althans het schuldsaneringsprocesrecht. De wetgever heeft een traject voorafgaand aan een schuldsaneringsregeling voorgeschreven, inhoudende dat de schuldenaar moet proberen een regeling met zijn schuldeisers te treffen (art. 288 lid 2 onder b en 285 lid 1 onder f). Dit betekent reeds dat de schuldenaar contact moet opnemen met zijn schuldeisers. Het ligt voor de hand dat hij dit ook doet als een Wsnp-verzoek is ingediend en opschorting van executiemaatregelen noodzakelijk is, in afwachting van een beslissing op genoemd verzoek.²¹⁴ Ten slotte is het vanuit praktisch oogpunt spijtig dat een 'contact-opname' niet verplicht is gesteld, omdat zulk overleg in de praktijk geregeld tot opschorting van executie of een andere oplossing in der minne kan leiden.²¹⁵ Het verdient daarom aanbeveling dit voortraject als een voorwaarde voor het indienen van 287 lid 4-verzoeken in de wet op te nemen.

Het minnelijke traject duurt meestal lang. Als het traject is doorlopen, blijkt het vaak niet eenvoudig het Wsnp-verzoek compleet te krijgen. Het Wsnp-verzoek hoeft bij indiening van het 287 lid 4-verzoek niet volledig te zijn, met dien verstande dat het voldoende informatie moet bevatten om te kunnen inschatten of toelating tot de schuldsaneringsregeling waarschijnlijk is. Met toepassing van art. 287 lid 2 zal verzoeker in de gelegenheid worden gesteld ontbrekende gegevens en/of informatie te verschaffen.

3.11.3 *De mondelinge behandeling – hoor en wederhoor*

Niet is voorgeschreven dat het 287 lid 4-verzoek ter zitting wordt behandeld. In par. 2.5.9 is geconcludeerd dat het beginsel van hoor en wederhoor in het insolventieprocesrecht dient te worden gehandhaafd, tenzij de spoedeisendheid van de procedure daaraan in de weg staat. Deze uitzondering is in het insolventieprocesrecht relevant omdat deze juist door die spoedeisendheid wordt gekenmerkt. In het onderzoek is gebleken dat de spoedeisendheid van de 287 lid 4-procedure niet, althans niet steeds, in de weg hoeft te staan aan het horen van de belanghebbende schuldeiser(s). Zo is gebleken dat het mogelijk is om op zeer korte termijn een mondelinge behandeling van het verzoek te houden en

²¹⁴ Bovendien is dit in strijd met de tussen schuldenaar en schuldeiser bestaande verhouding welke door de eisen van redelijkheid en billijkheid wordt beheerst op grond van de zogenoemde 'aanvullende werking' van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 j° art. 6:2 lid 1 BW).

²¹⁵ Zie voorts Hoekstra 2011, p. 20.

daarbij schuldenaar/verzoeker en de betrokken schuldeiser op te roepen. Geconcludeerd is dat het 287 lid 4-verzoek in beginsel op deze wijze behandeld dient te worden. Voor de wijze van oproepen en de inhoud van de oproeping zij korthedshalve verwezen naar par. 4.11.3.²¹⁶

Voor het geval het 287 lid 4-verzoek dermate spoedeisend is dat het horen van de betrokken schuldeiser niet mogelijk is, geldt het volgende. In de praktijk van het kort geding kan het voorkomen dat de eisende partij op zeer korte termijn een voorziening wenst en de ‘tegenpartij’ niet wil toezeggen het kort geding te zullen afwachten. De rechter kan dan, op de stukken, een tijdelijke voorlopige voorziening geven: tot aan de zitting.²¹⁷

Een dergelijke werkwijze past bij het systeem en de aard van het insolventieprocesrecht. Insolventieprocesrecht wordt immers gekenmerkt door snelle procedures en korte termijnen. Zo wordt bijvoorbeeld een verzoek tot surseance van betaling steeds voorlopig toegewezen, indien het verzoek voldoende informatie bevat, en wordt later definitief beslist op het verzoek. Dit leidt tot de aanbeveling dat in zeer spoedeisende gevallen direct op het 287 lid 4-verzoek kan worden beslist en dat het verzoek later alsnog ter zitting wordt behandeld.

3.11.4 *Het beoordelingscriterium*

Het criterium voor de beoordeling van 287 lid 4-verzoeken volgt uit de verwijzing naar bepalingen omtrent de voorlopige voorziening ex art. 254 Rv. De rechtspraak inzake 287 lid 4-verzoeken is hieromtrent tamelijk eensgezind. Bij de beoordeling van 287 lid 4-verzoeken gaat het om de volgende aspecten:

- de eis van spoedeisendheid,
- de vraag of toelating tot de schuldsaneringsregeling waarschijnlijk is,
- de belangen van partijen, te weten het belang van verzoeker bij de voorziening versus,
- het belang van de schuldeiser bij (voortzetting van) de executie.

In het arrest Ritzen/Hoekstra heeft de Hoge Raad aangegeven wanneer bij executie van een niet onherroepelijk maar wel uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis sprake kan zijn van misbruik van executiebevoegdheid.²¹⁸ Het ging in de zaak die tot dit arrest leidde om de tenuitvoerlegging van een ontruimingsvonnis. Volgens de Hoge Raad kan sprake zijn van misbruik van bevoegdheid als de executant, mede gelet op de belangen van de geëxecuteerde die zullen worden geschaad, geen in redelijkheid te respecteren belang heeft bij gebruikmaking van zijn bevoegdheid om in afwachting van de uitslag van het hoger beroep tot tenuitvoerlegging over te gaan. Daarvan kan sprake zijn (i) als het te executeren vonnis op een juridische of feitelijke misslag berust of (ii) indien de ontruiming op grond van na dit vonnis voorgevallen of aan het licht gekomen feiten klaarblijkelijk aan de zijde van de geëxecuteerde een noodtoestand zal doen ontstaan waardoor een onverwijlde tenuitvoerlegging niet kan worden aanvaard.

²¹⁶ Op de vraag hoe verzoeker en belanghebbende schuldeisers moeten worden opgeroepen wordt in par. 4.4.2. nader ingegaan. Korthedshalve wordt daarnaar verwezen.

²¹⁷ Tonkens-Gerkema 2014, (T&C Rv), art. 254 Rv, aant. 10. Voor het bestuursrecht is dit uitdrukkelijk in de wet bepaald, zie art. 8:83 lid 4 Awb. In de praktijk komt dit weinig voor.

²¹⁸ HR 22 april 1983, *NJ* 1984/145, m.nt. W.H. Heemskerk.

Als het om een juridische of feitelijke misslag gaat moet daarvan klaarblijkelijk sprake zijn.²¹⁹ Ook de bevoegdheid om een onherroepelijk geworden uitspraak ten uitvoer te leggen kan worden misbruikt.²²⁰ Hierbij wordt min of meer hetzelfde criterium gehanteerd.

Beslagen worden op grond van art. 287 lid 4 reeds geschorst (of opgeheven) indien toelating tot de schuldsaneringsregeling waarschijnlijk is. Dit verschil met de kortgedingjurisprudentie valt te verklaren uit het gegeven dat beslagen en executies bij een toelating tot de schuldsaneringsregeling sowieso worden geschorst (art. 301 lid 2).

De jurisprudentie betreffende het spoedeisend belang bij vorderingen op grond van art. 254 Rv leert onder meer dat een voorziening (verbod) niet alleen mogelijk is bij een inbreuk, maar dat deze ook bij een dreigende inbreuk kan worden gegeven. Verder is van belang dat de voorzieningenrechter vrij is een minder vergaande voorziening dan die gevorderd werd, te geven. Toepassing van deze uitgangspunten bij art. 287 lid 4 kan de effectiviteit en het belang van deze bepaling vergroten. Andere op de behandeling van art. 287 lid 4-verzoeken toepasbare gezichtspunten uit de kortgedingjurisprudentie zijn de overweging dat de eventuele voorziening zich dient te richten op het behoud van de toestand tot aan de uitspraak in een eventuele bodemprocedure en dat een dergelijke voorziening niet verder dient te gaan dan nodig is. Indien de gevraagde voorziening feitelijk onomkeerbare gevolgen heeft dan is dat op zichzelf geen grond om de voorziening ongeschikt te achten voor kort geding.

3.11.5 Vaststelling van de feiten - bewijsrecht

Bij het onderzoek naar het procedurele kader waarbinnen de procedure van art. 287 lid 4 kan worden geplaatst en onderzocht, is gebleken dat de feiten in insolventieprocedures niet op klassieke wijze worden vastgesteld (par. 2.5.6). De insolventierechter beperkt zich tot de vraag of de (relevante) feiten en omstandigheden voldoende aannemelijk zijn, hetgeen als een lichtere toets is te beschouwen. Tevens is beschreven dat de procedure van art. 287 lid 4 overeenkomsten vertoont met die van art. 223 Rv (de provisionele voorziening voor de duur van een bodemprocedure) en het kort geding (art. 254 Rv). In de procedures van art. 254 en 223 Rv worden de feiten evenmin op klassieke wijze vastgesteld, maar is sprake van een zogenaamd aannemelijkheidsoordeel. Uit het voorgaande volgt dat het in de procedure van art. 287 lid 4 voldoende is indien de (relevante) feiten en omstandigheden aannemelijk zijn.

Bij het bestuderen en analyseren van insolventieprocesrecht zijn aanwijzingen gevonden dat de insolventierechter zich actief opstelt als het gaat om de voor een zaak relevante feiten en omstandigheden, met name in procedures betreffende (toelating tot) de schuldsaneringsregeling (par. 2.5.6). In het jurisprudentieonderzoek zijn geen aanwijzingen gevonden dat de insolventierechter zich in art. 287 lid 4-procedures ook zo actief opstelt. Daarvoor is nader onderzoek nodig.

219 HR 24 februari 1989, *NJ* 1989/551.

220 HR 30 oktober 1992, *NJ* 1993/4.

3.11.6 *De duur van de voorzieningen*

In de jurisprudentie wordt regelmatig bepaald dat de voorlopige voorziening vervalt op het moment dat het Wsnp-verzoek wordt ingetrokken dan wel de beslissing daarop in kracht van gewijsde is gegaan. Een dergelijke bepaling komt overeen met hetgeen gebruikelijk is bij het geven van voorlopige voorzieningen ex art. 223 Rv en past het best bij de aard van de voorzieningen van art. 287 lid 4. In art. 287 lid 4 zou ter verduidelijking een bepaling van deze strekking kunnen worden opgenomen.

Aangezien afwijzing of intrekking van het Wsnp- en/of 287a-verzoek niet bekend hoeft te zijn bij de betrokken schuldeiser(s) dient mijns inziens tevens geregeld te worden dat de betrokken schuldeiser daarover wordt geïnformeerd door verzoeker/schuldenaar zelf. Dit kan bijvoorbeeld door een dergelijke verplichting in de beschikking ex art. 287b op te nemen. In de redelijkheid en billijkheid die niet alleen de verhouding tussen schuldeiser en schuldenaar beheersen (art. 6:2 en 248 BW), maar ook die tussen procespartijen (par. 2.3.1), kan hiervoor de grondslag worden gevonden.

3.11.7 *Proceskosten*

Art. 287 lid 4 bepaalt niets omtrent proceskostenveroordeling van de in het ongelijk gestelde partij. Toepassing van art. 289 Rv, al dan niet analogisch, past bij het insolventieprocesrecht en biedt hier uitkomst.²²¹

In de procedure van art. 287 lid 4 staat het recht van de schuldeiser op betaling van zijn vordering tegenover een door de schuldenaar gestelde sociale noodsituatie op grond waarvan de schuldenaar een voorziening vraagt, teneinde de te verwachten schuldsaneringsregeling goed te kunnen doorlopen of een minnelijke schuldregeling te kunnen treffen. Deze voorziening strekt tot het tijdelijk opschorten van executiemaatregelen door de schuldeiser. Gelet op de aldus te kenschetsen aard van het geschil lijkt terughoudendheid bij het uitspreken van een proceskostenveroordeling geboden. De rechter heeft deze ruimte omdat het in het (analogisch) toe te passen art. 289 Rv aan zijn inzicht is overgelaten of hij aanleiding ziet voor een dergelijke veroordeling.²²² Slechts indien een van partijen zich schuldig maakt aan misbruik van (proces)recht lijkt een veroordeling in de proceskosten op haar plaats.²²³

3.11.8 *Wijziging getroffen voorziening(en)*

In de wet is niet bepaald dat een eenmaal getroffen voorziening ex art. 287 lid 4 door de rechter gewijzigd of ingetrokken kan worden. Titel 3 of art. 254 Rv e.v. (kort geding) bevatten daarover evenmin een bepaling. Voor echtscheidingsprocedures

221 Gewezen zij op HR 11 april 2008, *LJN BC2721*, *NJ* 2008/221, waarin is beslist dat het ontbreken van een bepaling omtrent proceskosten niet in de weg hoeft te staan aan het uitspreken van een proceskostenveroordeling. Genoemde uitspraak betrof een proceskostenveroordeling in een procedure op grond van art. 358a (ontneming schone lei). Aangenomen mag worden dat deze redenering eveneens geldt bij het nemen van een beslissing op een 287 lid 4-verzoek, zodat daarin eveneens een proceskostenveroordeling uitgesproken kan worden.

222 HR 11 februari 2000, *NJ* 2000/239. Zie voor een insolventieprocedure: HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998/68.

223 Voor de hoogte van de proceskostenveroordeling zij verwezen naar par. 4.4.4.

is in art. 821 lid 1 Rv bepaald dat een voorlopige voorziening ook kan worden gevraagd indien eerder al een voorziening is gegeven. Dit kan slechts (i) als de omstandigheden na de beschikking in zodanige mate zijn gewijzigd of (ii) als bij het geven van de beschikking in zodanige mate van onjuiste gegevens is uitgegaan dat, alle betrokken belangen in aanmerking genomen, de voorziening niet in stand kan blijven (art. 824 lid 1 Rv). Een dergelijke bepaling dient mijns inziens in art. 287 lid 4 te worden opgenomen.

3.11.9 *Wie beslist na 287 lid 4-verzoek op het Wsnp-verzoek?*

Een voorziening ex art. 287 lid 4 is beter te vergelijken met een voorziening ex art. 223 Rv dan met een voorziening ex art. 254 Rv (het 'kort geding'). Het 287 lid 4-verzoek wordt immers gedaan in het kader van een Wsnp-verzoek en aldus, evenals een verzoek ex art. 223 Rv, gedaan in het kader van een lopende bodemprocedure. In dergelijke gevallen doet de rechter die op het 223 Rv-verzoek beslist, uitspraak in de zaak ten gronde (de bodemzaak). Zijn onpartijdigheid kan dan onderwerp van discussie worden.²²⁴ Aangezien de rechter die op het 287 lid 4-verzoek beslist toch in enige mate op de beoordeling van het Wsnp-verzoek zal moeten vooruitlopen, verdient het de voorkeur dat een andere rechter op dat Wsnp-verzoek beslist. Dit kan worden beschouwd als een door de insolventierechter in acht te nemen gedragsregel.

3.11.10 *Rechtsmiddelen*

Zowel de verzoeker/schuldenaar als de (al dan niet) verschenen belanghebbende kan hoger beroep instellen van de beslissing op een 287 lid 4-verzoek. De beroepstermijn terzake is drie maanden. Deze termijn is lang en past niet bij het insolventieprocesrecht dat juist door snelle procedures en korte termijnen wordt gekenmerkt. Op dit punt is wetswijziging gewenst.

Toegang tot de rechter is overigens beter gewaarborgd indien een schuldeiser (belanghebbende) die niet is gehoord, tegen de beslissing op het 287 lid 4-verzoek verzet zou kunnen instellen. Op dit punt is een vergelijking met het kort geding het meest op zijn plaats, omdat de gedaagde (of belanghebbende) bij een verzoek ex art. 223 Rv steeds in het geding is verschenen. Tegen een bij verstek gewezen kortgedingvonnis kan verzet worden ingesteld (art. 259 Rv). Het rechtsmiddel van verzet past bovendien bij het insolventieprocesrecht. Een schuldenaar die bij verstek in staat van faillissement is verklaard heeft het recht van verzet (art. 8 lid 2). Belanghebbenden bij een faillissement hebben dit recht eveneens (art. 10). Als het doen van verzet en het vragen om wijziging van een gegeven voorziening (par. 3.11.8) mogelijk is, dan is verdedigbaar dat hoger beroep wordt uitgesloten, omdat dit past bij het systeem en de aard van het insolventieprocesrecht.

²²⁴ Zie par. 2.4.5.

3.11.11 287 lid 4-verzoek in (hoger) beroep

Op grond van de tekst van art. 287 lid 4 zou alleen de rechtbank om een voorlopige voorziening verzocht kunnen worden. Blijkens de jurisprudentie kan echter ook in hoger beroep een 287 lid 4-verzoek worden gedaan. Dit zou in de wet moeten worden vastgelegd. Een dergelijke bepaling past in ons systeem van burgerlijk procesrecht en het insolventieprocesrecht staat daaraan niet in de weg. Op grond van het met art. 287 lid 4 vergelijkbare art. 223 Rv kan immers in de dagvaardingsprocedure in hoger beroep aan het hof gevraagd worden een voorlopige voorziening voor de duur van het geding te treffen.

Indien het onderliggende Wsnp-verzoek in hoger beroep door het hof wordt beoordeeld dan ligt het zelfs voor de hand dat enkel het hof op een 287 lid 4-verzoek beslist; en niet (mede) de rechtbank die het Wsnp-verzoek eerder afwees. Een 287 lid 4-verzoek in cassatie lijkt mogelijk noch wenselijk.

4 | Voorlopige voorzieningen tijdens het minnelijke traject

4.1 Inleiding

Art. 287b bepaalt dat een schuldenaar de rechter ‘middels’ het Wsnp-verzoek kan verzoeken een voorlopige voorziening ten opzichte van een of meer van zijn schuldeisers te treffen indien sprake is van een in lid 2 van art. 287b gedefinieerde bedreigende situatie.¹

Uit de Monitor Wsnp 2012 en de Monitor Wsnp 2014 blijkt dat er in 2008 546 en in 2013 1.471 verzoeken ex art. 287b zijn gedaan.²

Beslissingen op 287b-verzoeken 2009 tot en met 2013³

	2009		2010		2011		2012		2013	
	Aantal	%	Aantal	%	Aantal	%	Aantal	%	Aantal	%
Afwijzing	138	17%	163	17%	161	18%	146	14%	238	17%
Intrekking	184	23%	167	17%	155	17%	137	13%	186	13%
Niet-ontvankelijkverklaring	50	6%	98	10%	79	9%	83	8%	81	6%
Toekenning	435	54%	543	56%	508	56%	693	65%	900	64%
Totaal ingediend	851		954		927		1.098		1.471	
Index	100		112		109		129		173	

Opvallend is de forse stijging van het aantal 287b-verzoeken in 2013. Deze stijging zou verklaard kunnen worden door een stijging van het aantal gestarte minnelijke trajecten in deze periode. Hierover zijn echter geen cijfers bekend.⁴ Van de in 2013 afgedane verzoeken werd 64% toegewezen, 17% afgewezen, 13% ingetrokken en 6% niet-ontvankelijk verklaard. Die percentages zijn in de loop van de jaren niet wezenlijk veranderd.

¹ B&W kunnen, als zij een Wsnp-verzoek hebben ingediend, eveneens een 287b-verzoek doen. Omdat dit in de praktijk niet voorkomt, wordt dit niet besproken. Zie hoofdstuk 1.

² Monitor Wsnp, Achtste meting 2012, p. 77 e.v. en Monitor Wsnp, Tiende meting 2014, p. 92.

³ Monitor Wsnp, Tiende meting 2014, p. 91.

⁴ Landelijke cijfers van het aantal gestarte minnelijke trajecten zijn niet bekend. Uit cijfers van de NVVK blijkt slechts dat het aantal aanmeldingen voor schuldhulpverlening is gestegen van 44.000 in 2008 naar 89.000 in 2013. Zie www.nvbk.eu. Geschat wordt dat bij 43% van de mensen die zich voor schuldhulpverlening aanmelden wordt getracht een schuldenregeling tot stand te brengen, zie Jungman&Kruis 2014, p. 28.

In dit hoofdstuk wordt de procedure van art. 287b beschreven. Tevens wordt onderzocht op welke wijze de bepaling in de praktijk wordt toegepast en tot welke problemen en onduidelijkheden dit aanleiding geeft. Daartoe is de jurisprudentie over art. 287b bestudeerd. In par. 4.10 worden de verschillen met art. 287 lid 4 geanalyseerd en wordt het functioneren van art. 287b besproken. Daarbij komt het bestaansrecht van art. 287b aan de orde en wordt bezien of art. 287 lid 4, 287b en art. 5 Wgs samengevoegd zouden kunnen worden. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een aantal conclusies en aanbevelingen.

4.2 Achtergrond en ontstaansgeschiedenis

De tekst van art. 287b luidt als volgt:

- ‘1. Voorafgaand aan de behandeling van het verzoek, bedoeld in artikel 287a, eerste lid, kan de schuldenaar onderscheidenlijk kunnen burgemeester en wethouders indien een verzoek op de voet van artikel 284, vierde lid, is ingediend, middels het verzoekschrift, bedoeld in artikel 284, eerste lid, de rechtbank verzoeken een voorlopige voorziening te geven indien er sprake is van een bedreigende situatie.*
- 2. Onder een bedreigende situatie, als bedoeld in het eerste lid, wordt verstaan gedwongen woningonttruiming, beëindiging van de levering van gas, elektra of water of opzegging dan wel ontbinding van de zorgverzekering.*
- 3. Artikel 287a, tweede, derde en vierde lid, is van toepassing.*
- 4. De voorlopige voorziening strekt tot het van toepassing verklaren van de artikelen 304 of 305 alsmede tot een verbod tot het opzeggen of ontbinden van de zorgverzekering.*
- 5. De voorlopige voorziening wordt uitgesproken voor de duur van maximaal zes maanden.*
- 6. Een gemeentelijke kredietbank als bedoeld in de Wet financiële dienstverlening of een krachtens artikel 48, eerste lid, van de Wet op het consumentenkrediet aangewezen natuurlijke persoon of rechtspersoon, dan wel categorie daarvan, die namens de schuldenaar de buitengerechtelijke schuldregeling uitvoert, brengt na afloop van de voorziening, bedoeld in het eerste lid, verslag uit aan de rechtbank.’⁵*

Hoewel art. 287b lijkt op het in het vorige hoofdstuk besproken art. 287 lid 4, zijn er ook grote verschillen. Invoering van art. 287 lid 4 hing samen met de afschaffing van de voorlopige toepassing van de schuldsaneringsregeling per 1 januari 2008. Art. 287b daarentegen maakte geen onderdeel uit van het door de minister ingediende wetsvoorstel (dat heeft geleid tot wijziging van de Faillissementswet per 1 januari 2008) maar is een op initiatief van de Tweede Kamer ingevoerde bepaling ter bevordering van de effectiviteit van het minnelijke traject. Met het ‘minnelijke traject’ wordt in het algemeen bedoeld de periode

⁵ Voor elektra moet elektriciteit worden gelezen. Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32 292, nr. 7 (nota van wijziging). In art. 4 van het wetsvoorstel tot invoering van de Wet Gemeentelijke schuldhelpverlening was eenzelfde definitie gegeven voor bedreigende situatie. In deze nota van wijziging wordt elektra door elektriciteit vervangen.

waarin een schuldenaar met problematische (want niet op korte termijn oplosbare) schulden tracht een regeling te treffen met zijn schuldeisers. Art. 287b vermeldt niet dat de (eventueel te treffen) voorlopige voorziening ziet op de periode waarin het minnelijke traject wordt doorlopen. Dit blijkt enerzijds uit de wetsgeschiedenis van art. 287b anderzijds kan het worden afgeleid uit het voorschrift in lid 6 dat een schuldhelpverlenende instantie na afloop van de duur van de voorlopige voorziening verslag uit moet brengen aan de rechtbank.

Het minnelijke traject was na de komst van de schuldsaneringsregeling in december 1998 sterk onder druk komen te staan. In 2004 slaagden bij de leden van de NVVK nog maar 9 van de 100 ingezette minnelijke regelingen. Dit slagingspercentage was niet eerder zo laag.⁶ Een van de redenen voor het mislukken van minnelijke trajecten was dat schuldeisers tijdens het in kaart brengen van de schulden en het doen van een aanbod aan de schuldeisers (executoriaal) beslag onder de schuldenaar legden of de huurwoning van de schuldenaar ontruimden dan wel met beslaglegging en ontruiming dreigden. Hierdoor werd het doen van een aanbod gefrustreerd of zelfs onmogelijk gemaakt. Dit probleem is bij de behandeling van wetsvoorstel 29 942 door de Tweede Kamer onderkend.⁷ Daarom is door een aantal Tweede Kamerleden een amendement ingediend inhoudende dat voorafgaand aan de behandeling van het verzoek om een gedwongen schuldsaneringsregeling, een met de term moratorium aangeduide voorlopige voorziening kan worden gegeven.⁸ Daarbij kon – onder meer – de tenuitvoerlegging van gelegde beslagen op het loon en vermogen en de tenuitvoerlegging van een ontruimingsvonnis worden geschorst. De minister heeft het aannemen van dit amendement sterk ontraden gelet op het grote aantal onduidelijkheden rond dit voorstel.⁹

Naar aanleiding van deze bezwaren is het amendement afgezwakt in die zin dat het moratorium niet meer zag op beslag op loon en vermogen.¹⁰ De toelichting op dit amendement luidt als volgt: ‘Met deze regeling kunnen bedreigende situaties worden voorkomen. Daarnaast vergroot het de kans van slagen van een buitengerechtelijk traject; schuldeisers hebben in deze situatie een extra stimulans om een buitengerechtelijk akkoord te aanvaarden. Met dit amendement wordt het buitengerechtelijk traject versterkt. Tijdens de maximaal zes maanden voorlopige voorziening zal de goede trouw van verzoeker meer gefundeerd kunnen blijken, waardoor de rechter beter kan beslissen over het dwangakkoord of de toelating tot de schuldsaneringsregeling. Voorwaarde gedurende de voorlopige voorziening zal wel zijn dat de lopende huurtermijnen, energienota’s en zorgverzekering worden voldaan en de schulden jegens de schuldeisers dientengevolge niet oplopen gedurende de «time out». Sowieso zal door deze maatregel het aantal verzoeken tot toepassing van de schuldsaneringsregeling drastisch verminderen.

6 Jungmann, diss. 2006, p. 167 e.v. Jungmann heeft de oorzaken van deze daling geanalyseerd en concludeerde: ‘De daling van het slagingspercentage is mede veroorzaakt door de invoering van de schuldsaneringsregeling. Zij is een gecombineerd gevolg van een groeiende schuldenlast, een toename van het aantal crediteuren, de introductie van een ondeugdelijk wettelijk instrument en contraproductieve reacties daarop van minnelijke schuldhelpverlenende organisaties en gemeenten.’, Jungmann, diss. 2006, p. 162 e.v. Zie Smits 2008, p. 1.

7 Zie onder meer *Kamerstukken II* 2006/07, 29 942, nr. 35.

8 *Kamerstukken II* 2006/07, 29 942, nr. 26.

9 *Kamerstukken II* 2006/07, 29 942, nr. 23.

10 *Kamerstukken II* 2006/07, 29 942, nr. 34.

Uiteraard herleven alle rechten van de schuldeisers indien de rechtbank de schuldsaneringsregeling niet uitsprekt. In deze gewijzigde versie van het amendement is beslag op loon en vermogen geschrapt in de definitie van «bedreigende situatie».¹¹

Uit deze toelichting zou kunnen worden afgeleid dat het enkele doel van de invoering van art. 287b is bedreigende situaties te voorkomen. Duidelijk is dit niet. In elk geval blijkt uit deze toelichting dat met het geven van de in art. 287b genoemde voorziening de kans van slagen van een minnelijk traject wordt vergroot. Daarnaast wordt in deze toelichting en ook op andere plaatsen in de totstandkomingsgeschiedenis van art. 287b vermeld dat de voorziening kan worden gevraagd (en gegeven) om de goede trouw meer gefundeerd te kunnen laten blijken.¹² Wat hiermee wordt bedoeld blijkt daaruit niet. Mogelijk is de gedachte dat de 'rust' die het moratorium brengt en de (relatief lange) duur ervan een situatie schept waarin beter zicht op het gedrag van de schuldenaar kan worden verkregen.

Uit de tekst van art. 287b ('Voorafgaand aan de behandeling van het verzoek, bedoeld in artikel 287a, eerste lid') lijkt te volgen dat naast het 287b-verzoek een 287a-verzoek moet worden ingediend, maar die verplichte koppeling is er niet.¹³

In lid 6 van art. 287b is bepaald dat, kort gezegd, een schuldhulpverlener na afloop van het moratorium een verslag aan de rechtbank uitbrengt. Wat het doel van dit verslag is, is niet geheel duidelijk. Gedacht kan worden dat uit dat verslag kan blijken of schuldenaar te goeder trouw is en daarmee het onderliggende Wsnp-verzoek kan worden toegewezen.

4.3 De bevoegde rechter

In de praktijk is de insolventierechter bij de rechtbank van de woonplaats van de schuldenaar degene die op 287b-verzoeken beslist. Korte tijdshelpe wordt verder verwezen naar hetgeen over de bevoegdheid van de rechter is uitgewerkt in par. 3.3.

4.4 De procedure

4.4.1 Het 287b-verzoek, wijziging en wijzigingsverzoek

De schuldenaar kan op grond van art. 287b een voorlopige voorziening vragen indien sprake is van een bedreigende situatie als omschreven in art. 287b lid 2. Deze bedreigende situaties betreffen gedwongen woningontuiming, beëindiging van de levering van gas, elektriciteit, water of opzegging dan wel ontbinding van de zorgverzekeringsovereenkomst (nader: zorgverzekering). De voorlopige voorziening houdt in dat de art. 304 of 305 van toepassing wordt (verklaard) dan wel een verbod tot het opzeggen of ontbinden van de zorgverzekering. Het van toepassing verklaren van art. 304 of 305 komt neer op een verbod om een overeenkomst tot levering van een nutsvoorziening op te schorten of te

11 *Kamerstukken II* 2006/07, 29 942, nr. 34.

12 *Kamerstukken II* 2006/07, 29 942, nr. 34 (Gewijzigd amendement van het Lid Weekers c.s., ter vervanging van dat gedrukt onder nr. 26) en *Kamerstukken I* 2006/07, 29 942, nr. C, p. 4 en 5.

13 Zie *Kamerstukken I* 2006/07, 29 942, nr. C, p. 5.

ontbinden (art. 304) of een verbod op de tenuitvoerlegging van een vonnis tot ontruiming van een huurwoning (art. 305). Er moet sprake zijn van een concrete bedreigende situatie zoals omschreven in art. 287b. Het lijkt daarom niet mogelijk een voorziening bij voorbaat – ook wel een ‘paraplu voorziening’ genoemd – te geven.¹⁴ Op de inhoud van het verzoek en de te geven voorlopige voorziening(en) wordt in par. 4.6 ingegaan. In deze paragraaf worden de formele aspecten van het verzoek en de daarbij over te leggen informatie besproken.

Het 287b-verzoek moet, zo blijkt uit lid 1 van genoemd artikel, vergezeld gaan van een Wsnp-verzoek. Dit is een merkwaardig uitgangspunt omdat de voorziening wordt gevraagd in een situatie waarin het minnelijke traject nog niet is afgerond. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer zijn daarover vragen gesteld aan de minister. Deze verklaarde in antwoord daarop: ‘Op grond van artikel 287b moet een volledig toelatingsverzoekschrift worden ingediend. De heer Wagemakers zei al uitdrukkelijk dat dat een vereiste is dat uit deze regeling voortvloeit. Als in het verzoekschrift gegevens ontbreken zoals is bedoeld in artikel 287, dan kan de rechtbank de schuldenaar een maand gunnen om de ontbrekende gegevens nog te verstrekken. Na die maand wordt de schuldenaar niet ontvankelijk verklaard.’¹⁵ De minister hield aldus vast aan dit vereiste (volledig Wsnp-verzoek). De gedachte lijkt te zijn dat een voorlopige voorziening alleen kan worden gegeven als een procedure ten gronde aanhangig is.¹⁶ Uit het hiervoor geciteerde antwoord van de minister kan worden afgeleid dat er volgens hem een verklaring zou moeten zijn dat er geen reële mogelijkheden zijn om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen (art. 285 lid 1 onder f), maar dat moet een vergissing zijn. Doel van het moratorium is immers in enige rust tot een schuldregeling te komen (art. 287b lid 6, eerste zin). Volgens art. 3.2.4.5 Procesreglement insolventiezaken moet een compleet Wsnp-verzoek worden bijgevoegd, met uitzondering van de verklaring ex art. 285 lid 1 onder f.¹⁷

Hierna wordt nagegaan hoe de praktijk omgaat met de eis dat een compleet Wsnp-verzoek wordt overgelegd. Wessels vraagt zich af of het voorschrift een compleet Wsnp-verzoek in te dienen realistisch is.¹⁸ Het gaat immers om schuldenaren die veelal nog niet alle informatie hebben verzameld. Bovendien kan, aldus Wessels, een termijn van een maand worden gegeven om het verzoek compleet te maken.¹⁹ Art. 287 lid 2 lijkt met de van toepassing verklaring van art. 287a lid 2 (waarin art. 287 lid 2 ‘onverminderd’ van toepassing wordt geacht) toepasselijk.²⁰ Volgens Van der Winkel en Marsman komt de rechtbank (nog) niet toe aan de beoordeling van het Wsnp-verzoek en dus ook niet aan de vraag of het verzoek compleet is zodat de termijn van art. 287 lid 2 (één maand) nog niet gaat lopen.²¹ Uit de jurisprudentie blijkt niet duidelijk hoe streng de hand wordt gehouden aan de in het Procesreglement insolventiezaken gestelde

14 Van der Winkel & Marsman 2012, p. 35 en Wessels Insolventierecht IX 2012/9066g.

15 *Handelingen I* 2006/07, 30, 22 mei 2007, p. 30-959.

16 Zie Van der Winkel & Marsman 2012, p. 34.

17 ‘Doordat het moratorium wordt verzocht in een schuldsaneringsverzoek, zal er ook een verklaring moeten liggen dat er geen reële mogelijkheden zijn om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen.’ *Kamerstukken II* 2006/07, 22 942, nr. 33.

18 Wessels Insolventierecht IX 2012/9066b en 9066c.

19 Wessels Insolventierecht IX 2012/9066c. De minister noemde deze mogelijkheid in het hiervoor geciteerde antwoord op vragen van de Eerste Kamer.

20 Zie Noordam 2008, p. 284, noot 122.

21 Van der Winkel & Marsman 2012, p. 35.

eis tot indiening van een volledig Wsnp-verzoek. De Rechtbank Amsterdam aanvaardde een opgave van de in art. 285 genoemde gegevens ter zitting, waarbij niet duidelijk is of die opgave schriftelijk of mondeling plaatsvond.²² De Rechtbank Maastricht nam genoegen met ‘slechts een opgave van de in artikel 285 bedoelde gegevens’, maar daaruit blijkt niet welke gegevens ontbraken.²³

In de Recofa-enquête (onder de toenmalige 19 rechtbanken) is naar deze eis (van een volledig Wsnp-verzoek) gevraagd. Tien rechtbanken geven aan dat zij vasthouden aan de in het Procesreglement insolventiezaken neergelegde eis dat een vrijwel volledig Wsnp-verzoek (alleen verklaring ex art. 285 lid 1 f mag ontbreken) bijgevoegd is. Een grote minderheid gaat echter soepeler met deze eis om.²⁴ Het ligt wel voor de hand om te verlangen dat het minnelijke traject (de schuldbemiddeling) wordt uitgevoerd door een instelling of persoon genoemd in art. 48 lid Wck. Schuldbemiddeling door anderen is immers verboden (art. 47 Wck) en bovendien geldt voor de toelating tot de schuldsaneringsregeling (art. 288 lid 2 onder b) en het doen van een 287a-verzoek (par. 5.4.3) die eis. In de jurisprudentie is niet terug te vinden dat die eis gesteld wordt, wellicht omdat dat steeds het geval is.

Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de schuldenaar met de voorlopige voorziening van art. 287b beter in staat wordt geacht een minnelijke schuldregeling te treffen. Van een procedure tot toelating tot de schuldsaneringsregeling is (nog) geen sprake. Tegen die achtergrond kan het Wsnp-verzoek niet compleet zijn. Dit is in het Procesreglement insolventiezaken terecht onderkend. De aandacht zou daarom minder op het Wsnp-verzoek (en de vraag of dit compleet is) moeten zijn gericht maar meer op de vraag of in het 287b-verzoek voldoende is gesteld. Art. 287b betreft een voorlopige voorzieningen procedure. Regels van stelplicht en bewijslast lijken – evenals in het kort geding van art. 254 Rv – niet te gelden. Evenals in het kort geding zal verzoeker moeten stellen dat hij een spoedeisend belang bij de gevraagde voorziening heeft. Gelet op de tekst van art. 287b betreft dat de daarin gedefinieerde ‘bedreigende situatie’. Dit is in art. 3.2.4.5 Procesreglement insolventiezaken tot uitdrukking gebracht. Daarin is voorgeschreven dat schriftelijke bewijsstukken die de noodzaak van het moratorium aantonen moeten worden bijgevoegd.²⁵ Opvallend is dat – zoals eveneens bij art. 287 lid 4 werd opgemerkt (par. 3.4.2) – in art. 3.2.4.5 Procesreglement insolventiezaken een verplichting tot het overleggen van stukken is neergelegd. Een dergelijke verplichting kent titel 3 niet.²⁶ Deze ‘overlegplicht’ lijkt wel praktisch en rechtvaardig. Voor de vraag welke overige gegevens moeten worden gesteld (en overgelegd), zal eerst onderzocht moeten worden welke maatstaf bij de beoordeling van 287b-verzoeken dient te worden gehanteerd. Voor de stelplicht (en bewijslastverdeling) is naar Nederlands (proces)recht immers aangesloten bij de materiële rechtsregel die het geschil beheerst. Dit wordt de objectiefrechtelijke theorie of objectiefrechtelijke leer genoemd.²⁷ Deze ligt ten grondslag aan art. 150 Rv. dat bepaalt dat de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten de bewijslast draagt van die feiten of rechten.

22 Rb. Amsterdam 13 februari 2008, *LJN* BC4565, *TvS* 2009, 249.

23 Rb. Maastricht 3 juni 2009, *LJN* BI6719.

24 Engberts 2014, p. 22.

25 Dit moet worden beschouwd als de onderbouwing van de stelling dat sprake is van een bedreigende situatie.

26 In het KEI-wetsvoorstel is deze evenmin te vinden.

27 Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 205 en Stein/Rueb 2013, par. 7.2.1.

Vooruitlopend op hetgeen hierover in par. 4.5 (het beoordelingscriterium) en 4.6 (de voorzieningen) wordt besproken, kan reeds gesteld worden dat de verzoeker tevens zal moeten stellen en onderbouwen dat hij de ter zake van in het geding zijnde lopende verplichtingen (huur, voorschotnota's of premie) kan voldoen en dat hij stelt dat hij bezig is een schuldregeling met zijn schuldeisers te treffen dan wel dat hij doende is een schuldregelingsaanbod voor te bereiden. Indien aldus voldoende gegevens bij of in het verzoekschrift zijn gevoegd, ligt het niet voor de hand om, als het Wsnp-verzoek niet volledig is, het verzoek af te wijzen. Bovendien zou dat niet passen bij het spoedeisende karakter van de 287b-procedure.²⁸

Het Procesreglement insolventiezaken geeft een aantal aanvullende bepalingen. In art. 3.2.4.4 van dit reglement is bepaald dat het verzoek de gegevens (waaronder het faxnummer) van de schuldeiser(s) tegen wie het verzoek zich richt, moet vermelden en indien van toepassing de gegevens (waaronder het faxnummer) van de betrokken deurwaarder(s). Bij dit procesreglement hoort een in 2012 vernieuwd modelverzoekschrift.

Bij de bespreking van art. 287 lid 4 (par. 3.4.2.1) is de vraag opgeworpen of de verzoeker/schuldenaar niet eerst contact met zijn schuldeiser moet opnemen en zijn verzoek tot – in dit geval – opschorting van de woningontruiming, afsluiting van een nutsvoorziening of opzegging van de zorgovereenkomst aan desbetreffende schuldeiser moet doen. De eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW j° 6:2 BW) brengen met zich mee dat bedoeld verzoek eerst moet worden gericht tot de schuldeiser. Het verzoek maakt onderdeel uit van een Wsnp-verzoek waarvoor geen griffierecht is verschuldigd.²⁹ Het verzoek hoeft evenmin door een advocaat te zijn ingediend omdat het onderdeel uitmaakt van het Wsnp-verzoek (zie ook art. 361).

Als een schuldenaar onder beschermingsbewind is gesteld, kan hij het Wsnp-verzoek zelf indienen.³⁰ Hieruit kan worden afgeleid dat dit tevens geldt voor het 287b-verzoek. Een 287b-verzoek strekt immers slechts tot het instellen van een beperkt moratorium. Een dergelijk moratorium geldt eveneens indien verzoeker tot de schuldsaneringsregeling zou worden toegelaten.

Indien de schuldenaar onder curatele is gesteld, geldt dat de curator het verzoek dient te doen. Het recht op toegang tot de rechter kan echter – in spoedeisende gevallen onder bepaalde voorwaarden – meebrengen dat de schuldenaar zelfstandig als verzoeker kan optreden.³¹

In art. 287b staat dat het 287b-verzoek voorafgaat aan de behandeling van een verzoek tot het opleggen van een dwangregeling ex art. 287a. Dit suggereert dat een 287b-verzoek slechts kan worden gedaan indien een 287a-verzoek is ingediend. De minister heeft echter in de Eerste Kamer gesteld dat een dergelijke koppeling niet aan de orde is en verklaarde: 'Hoewel de formulering van het eerste lid doet vermoeden dat het verzoek van artikel 287b is gekoppeld aan een verzoek om een gedwongen schuldregeling als bedoeld in artikel 287a, kan uit

28 Zie Wessels, 'Schuldsanering: voorlopige voorzieningen in een bedreigende situatie', *MvV* 2009/11, die soepelheid van de rechtbanken bepleit.

29 Art. 15 lid 1 j° 2 lid 7 Wet tarieven in burgerlijke zaken.

30 Dit volgt uit HR 25 mei 2012, *LJN* BV4010, *NJ* 2012/546, m.nt. P. van Schilfgaarde.

31 Zie par. 2.4.3 en de daargenoemde jurisprudentie: HR 28 januari 1994, *NJ* 1994, 687 en Hof Amsterdam 13 juli 1989, *NJ* 1992, 504, Tonkens-Gerkema 2014, (T&C Rv), art. 254 Rv, aant. 7.

de discussie met de Tweede Kamer, waarvan het bij amendement ingevoegde artikel 287b de uitkomst is, worden afgeleid dat dat niet de bedoeling is. De bewoordingen «voorafgaand aan de behandeling van het verzoek, bedoeld in artikel 287a, eerste lid» zijn enkel bedoeld om aan te geven wat de volgtijdelijke behandeling is van achtereenvolgens het verzoek om voorlopige voorzieningen, een – eventueel – verzoek om een gedwongen schuldregeling en het verzoek om toelating tot de schuldsaneringsregeling.³²

In de jurisprudentie wordt evenmin geëist dat het 287b-verzoek slechts kan worden ingediend indien een 287a-verzoek is gedaan.

Bij de bespreking van art. 287 lid 4 is aan de orde gekomen of en zo ja, tot wanneer het verzoek kan worden gewijzigd. In art. 287b gaat het om limitatief opgesomde en qua omvang ingekaderde voorzieningen, zodat wijziging van het verzoek niet aan de orde is. Het kan wel zijn dat een nieuwe, andere voorziening actueel wordt terwijl nog niet op het oorspronkelijke verzoek is beslist. In dat geval dient daarom mijns inziens een nieuw 287b-verzoek ingediend te worden.

4.4.2 De oproep

4.4.2.1 WIJZE VAN OPROEPEN

In art. 287b lid 3 worden de leden 2, 3 en 4 van art. 287a van toepassing verklaard. Dit betekent dat het 287b-verzoek wordt behandeld ter zitting, waarop de rechtbank zowel de schuldenaar als de schuldeiser of schuldeisers tegen wie het verzoek zich richt zal horen. Hiertoe worden zij bij (aangetekende) brief opgeroepen tenzij de rechter anders bepaalt.

Art. 3.2.4.6 Procesreglement insolventiezaken bepaalt dat de rechtbank partijen oproept voor de behandeling van het verzoek: (i) de verzoeker bij gewone brief, en (ii) de desbetreffende schuldeiser(s) zowel per gewone post als bij aangetekende brief met bericht van ontvangst, onder toezending van een afschrift van het verzoek.³³ Het per aangetekende post verzenden van de oproeping betekent dat meer zekerheid bestaat dat deze wordt bezorgd en maakt het mogelijk na te gaan of dat het geval is.³⁴ Deze regeling komt vrijwel overeen met die in verzoekschriftprocedures op grond van titel 3 (van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering), te weten de art. 271-277 Rv. Titel 3 bevat een regeling voor het geval de aangetekende brief terug wordt ontvangen en blijkt dat de geadresseerde op de dag van verzending of uiterlijk een week nadien in de gemeentelijke basisadministratie stond ingeschreven op het adres dat op de oproep stond vermeld. Art. 275 Rv schrijft voor dat de oproeping dan direct opnieuw, bij gewone brief, verzonden wordt (art. 275 Rv). Het procesreglement insolventiezaken voorziet hierin door te bepalen dat de oproeping direct, tevens per gewone post, wordt verzonden.

³² *Kamerstukken I* 2006/07, 29 942, nr. C, p. 5 en *Handelingen I* 30 959 d.d. 22 mei 2007.

³³ Dit komt vrijwel overeen met art. 287a lid 3 met dien verstande dat de schuldeiser niet alleen bij aangetekende brief maar ook per gewone post wordt opgeroepen. In de tot 1 januari 2013 geldende versie was vermeld bij aangetekende brief met bericht van ontvangst, maar een dergelijke verzending is niet meer mogelijk. Op internet (track&trace) is na te gaan wat er met de aangetekende post is gebeurd en in het bijzonder of deze aan de geadresseerde is aangeboden.

³⁴ *Kamerstukken II* 1984/84, 19 129, nr. 3, p. 5 en 6.

In de literatuur is kritiek geleverd op de regeling omtrent de oproeping in titel 3.³⁵ Die kritiek komt erop neer dat er situaties zijn waarin de oproeping, hoewel deze regelmatig plaatsvond, de belanghebbende niet of niet tijdig bereikt. Bij oproeping per aangetekende post kan bovendien het nodige mis gaan. De praktijk laat bijvoorbeeld zien dat aangetekende stukken niet op de plaats van bestemming aankomen of door anderen in ontvangst worden genomen zonder dat vaststaat door wie en zonder dat het stuk vervolgens aan de belanghebbende wordt gegeven.³⁶ Daarom maakt Ynzonides er bezwaar tegen dat de niet-verschenen belanghebbende geen recht van verzet heeft.³⁷ Dit wordt volgens hem niet gecompenseerd doordat hoger beroep openstaat. Juist in de verzoekschriftprocedure bestaat behoefte aan inschakeling van een deurwaarder voor het doen van de oproeping voor de mondelinge behandeling. Deze kritiek moet in die zin genuanceerd worden dat bij betekening van een dagvaarding of ander exploit met een oproep door een deurwaarder evenmin zekerheid bestaat dat een ander die het exploit in ontvangst neemt dit daadwerkelijk aan de opgeroepene afgeeft.

Art. 3.2.4.4 Procesreglement insolventiezaken bepaalt dat de faxnummers van de schuldeiser tegen wie het verzoek zich richt en de betrokken deurwaarder bij het 287b-verzoek moeten worden genoemd. Verzoekers en belanghebbenden worden in de praktijk wel per fax opgeroepen, omdat het verzoeken met een spoedeisend karakter betreft. Noch de Faillissementswet noch het Procesreglement insolventiezaken voorziet in oproeping per fax (of e-mail), maar het lijkt mij in overeenstemming met het systeem en de aard van het insolventieprocesrecht. Overigens is in titel 3 geregeld dat de rechter steeds (uiteindelijk) de wijze van oproeping bepaalt (art. 271 Rv), zodat ook in die verzoekschriftprocedures oproeping op andere wijze dan per brief mogelijk is.

Hierna wordt nagegaan of het verzenden van een oproeping per fax dezelfde zekerheid biedt als het per aangetekende post verzenden van brieven en zo ja onder welke omstandigheden verzending van oproepen per fax procesrechtelijk mogelijk is. Tot slot wordt enige aandacht besteed aan verzending van oproepen per e-mail.

De Hoge Raad heeft zich in burgerlijke zaken niet uitgelaten over de vraag of een verzendrapport van een fax bericht met daarop 'ok' of 'succes' voldoende zekerheid biedt dat het per fax verzonden bericht de geadresseerde heeft bereikt. De lagere jurisprudentie is verdeeld. De Rechtbank 's-Gravenhage oordeelde in 2009 dat overlegging van een dergelijk verzendrapport wel een indicatie maar geen sluitend bewijs levert van de ontvangst van het stuk.³⁸ Daarbij was betrokken dat door tijdsverloop geen ontvangstjournaal (van het ontvangende faxapparaat) kon worden overgelegd. De Centrale Raad van Beroep oordeelde in 2005 in een geval waarin een hoger-beroepschrift als gevolg van een stroomstoring niet was ontvangen.³⁹ Dit komt volgens de Centrale Raad van Beroep voor risico van de verzender van de fax. De Rechtbank Utrecht kwam in 2003 tot een tegenovergestelde uitspraak. Zij oordeelde dat een met 'ok' bevestigde

35 Knigge 1998, p. 265 en 266 en Smits 2008, p. 107.

36 Zie HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 477 en HR 10 mei 1996, *NJ* 1996/536.

37 Ynzonides, diss. 1996, p. 244-248.

38 Rb. 's-Gravenhage, zittingsplaats Arnhem, 3 september 2009, *LJN* AN1243.

39 CRvB 16 maart 2005, *LJN* AT3538.

verzending van een fax aan het juiste faxnummer wordt geacht binnen het bereik van geadresseerde te zijn gebracht.⁴⁰ Dit oordeel werd in 2012 herhaald.⁴¹ Dat de fax mogelijk in het ongerede is geraakt of niet goed is verwerkt komt, aldus Rechtbank Utrecht in die uitspraak, voor rekening en risico van de geadresseerde.⁴²

Hier is van belang dat art. 8:37 Awb e.v. oproeping per fax of e-mail regelt. De hoofdregel, neergelegd in art. 8:37 Awb, is dat de oproeping bij (aange-tekende) brief geschiedt. Art. 8:40a lid 1 j° 2:14 lid 1 Awb bepaalt dat de bestuursrechter een bericht aan een partij of diens gemachtigde elektronisch (per fax of e-mail) kan verzenden voorzover de geadresseerde kenbaar heeft gemaakt dat hij langs deze weg voldoende bereikbaar is.⁴³ Daarvan is sprake indien iemand in correspondentie zijn faxnummer of e-mail adres opgeeft.⁴⁴ Art. 8:40a Awb is op 1 juli 2010 ingevoerd.⁴⁵

De Hoge Raad heeft in 2007 – art. 8:40a Awb was nog niet ingevoerd – in een belastingzaak geoordeeld dat, als een gerecht gebruik maakt van faxverkeer het er rekening mee te houden heeft dat deze wijze van communicatie van de geadresseerde vereist dat deze bijzondere maatregelen neemt om veilig te stellen dat een hem aldus toegezonden bericht dezelfde aandacht krijgt als hij gewoon is te geven aan bij hem bezorgde brieven, in het bijzonder brieven van gerechtelijke instanties.⁴⁶ Het door de Hoge Raad geformuleerde uitgangspunt brengt mee dat een gerecht een besluit om, in afwijking van art. 8:37 Awb, per fax een termijn te stellen (voor herstel van een in potentie fataal verzuim), bekend dient te hebben gemaakt alvorens zich van een dergelijk communicatiemiddel te kunnen bedienen.⁴⁷ De Raad van State en de Centrale Raad van Beroep hebben in 2012 in gelijke zin geoordeeld ten aanzien van de verzending van de uitspraak respectievelijk de oproep voor de zitting.⁴⁸ De Raad van State voegde daaraan (in bedoelde uitspraak uit 2012) toe dat als in een zaak, gelet op de spoedeisendheid, voor verzending per faxbericht wordt gekozen, dit bereikt kan worden door de gemachtigde telefonisch te informeren omtrent de verzending per fax. De Raad van State achtte het daarnaast mogelijk dat de rechtbank bij een bepaalde categorie van zaken, waarbij gedacht moet worden aan zaken met professionele rechtshulpverleners met een bekend gemaakt faxnummer, de uitspraak steeds per fax verzendt. Daarbij ligt het, volgens de Raad van State, in de rede dit in een algemeen bekend gemaakte procesregeling neer te leggen. De Hoge Raad heeft

40 Rb. Utrecht 12 november 2003, *LJN* AO1838, *Prg.* 2004, 6140.

41 Rb. Utrecht 23 mei 2012, *LJN* BW6850, *Prg.* 2012, 193: een met 'ok' bevestigde verzending van een fax aan het juiste faxnummer wordt geacht binnen het bereik van geadresseerde te zijn gebracht.

42 Hierbij wordt verwezen naar art. 3:37 lid 3 BW, waarin is bepaald dat ook een verklaring die degene tot wie zij was gericht, niet heeft bereikt, nochtans haar werking heeft, indien dit niet of niet tijdig bereiken het gevolg is van zijn eigen handeling of van andere omstandigheden die zijn persoon betreffen en rechtvaardigen dat hij het nadeel draagt.

43 In art. 2:14 Awb is bepaald dat een bestuursorgaan een bericht elektronisch kan verzenden aan een geadresseerde voorzover de geadresseerde kenbaar heeft gemaakt dat hij langs deze weg voldoende bereikbaar is.

44 Zie HR 7 december 2007, *LJN* BB9537, *BNB* 2008/155.

45 Besluit van 31 mei 2010, *Stb.* 2010, 207.

46 HR 7 december 2007, *LJN* BB9537, *BNB* 2008/155. Het ging in deze uitspraak om het verzenden van een mededeling door de rechtbank dat het beroepschrift niet de gronden van het beroep bevatte, alsmede het verzoek dat verzuim uiterlijk op een in die mededeling genoemde termijn te herstellen.

47 Raad van State Afdeling Bestuursrechtspraak 12 april 2012, *LJN* BW4068, *AB* 2012/180, en CrvB 21 december 2012, *LJN* BY7511.

48 Raad van State Afdeling Bestuursrechtspraak 12 april 2012, *LJN* BW4068, *AB* 2012/180.

zich hierbij in 2013 aangesloten en tevens zijn oordeel uit 2007 herhaald dat als een gerecht besluit om per fax een termijn te stellen, het dit bekend moet maken alvorens zich van dit communicatiemiddel te bedienen.⁴⁹

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat het faxen van oproepen voor de mondelinge behandeling van een 287b-verzoek mogelijk is indien deze wijze van verzending in het Procesreglement insolventiezaken wordt opgenomen en de betrokkene door middel van vermelding van het faxnummer op briefpapier of andere officiële uitingen zoals een (eigen) website kenbaar heeft gemaakt daarop bereikbaar te zijn. De desbetreffende verzendrapporten dienen in het dossier bewaard te worden. Omdat de jurisprudentie is verdeeld over de vraag of een verzendrapport voldoende aannemelijk maakt dat de fax de geadresseerde heeft bereikt, verdient het aanbeveling de fax telefonisch bij de geadresseerde aan te kondigen. Dit geldt in elk geval voor oproepen van niet-professionele rechtshulpverleners en partijen zonder gemachtigde.

Bij verzending van oproepen per e-mail kan op dezelfde wijze voldoende zekerheid worden verkregen dat de e-mail de geadresseerde heeft bereikt. De e-mail zal moeten worden voorzien van een elektronische handtekening.⁵⁰ Hierbij moet bedacht worden dat ontvangst van de e-mail kan worden verhinderd door de werking van (spam)filters, volle mailboxen of andere technische problemen. In plaats van een verzendrapport bij faxen is bij e-mailen mogelijk niet alleen een ontvangstbevestiging maar ook een leesbevestiging te vragen.⁵¹

Indien de rechtbank oproepingen en andere stukken op elektronische wijze verzendt, dienen elektronisch bij haar ingediende verzoekschriften, verweerschriften en andere stukken in behandeling te worden genomen. In genoemd Procesreglement bestuursrecht 2010 is hierin voorzien in art. 2a. Daarin is bepaald dat elektronisch ingediende beroep- of verzoekschriften uitsluitend in behandeling worden genomen, indien ze worden ingediend via een webapplicatie van de rechtbank. Hetzelfde geldt voor nader ingediende elektronische stukken. Ook deze bepaling leent zich voor overeenkomstige toepassing – in het Procesreglement insolventiezaken – ten aanzien van art. 287b-verzoeken.

4.4.2.2 WELKE INFORMATIE WORDT MET DE OPROEP MEEGEZONDEN?

Uit de Recofa-enquête blijkt dat de bij het 287b-verzoek ontvangen informatie slechts gedeeltelijk aan de belanghebbende schuldeiser wordt gezonden. De meeste rechtbanken lijken alleen het 287b-verzoek mee te sturen, maar zelfs dat gebeurt niet in alle gevallen.⁵²

Het niet-doorzenden van de ontvangen informatie is in strijd met art. 3.2.4.3 Procesreglement insolventiezaken waarin is bepaald dat het 287a-verzoek en de bijgevoegde stukken in meervoud moeten worden ingediend: twee exemplaren voor de rechtbank en één exemplaar voor iedere verweerder. Het is bovenal in strijd met het beginsel van hoor en wederhoor. Dit beginsel houdt onder meer in, zo heeft de Hoge Raad meermalen geoordeeld, dat partijen over en weer

49 HR 12 april 2013, *LJN* BY3238, *NTFR* 2013, 997, m.nt. Tiemessen.

50 Zie hierover art. 2:16 Awb en 3:15a BW e.v..

51 Voor de ontvangst, verwerking en archivering van e-mailberichten door de overheid is in 2005 een gedragslijn opgesteld. Deze is te vinden op www.rijksoverheid.nl.

52 Engberts 2014, p. 19 e.v.

voldoende gelegenheid krijgen hun standpunten naar voren te brengen, kennis te nemen van en zich uit te laten over elkaars standpunten en over alle stellingen en stukken die de rechter aan zijn beoordeling ten grondslag legt.⁵³ De rechter dient erop toe te zien dat partijen de gelegenheid tot hoor en wederhoor krijgen. Ten slotte is het in strijd met het toepasselijke dan wel overeenkomstig toe te passen art. 279 Rv dat bepaalt dat de oproeping voor de mondelinge behandeling in beginsel vergezeld gaat van het verzoekschrift.

Waarom wordt bij de oproeping het 287b-verzoek niet dan wel zonder het bijbehorende Wsnp-verzoek verzonden? Uit gesprekken met rechters(-commissarissen) en juridisch medewerkers bij rechtbanken is mij gebleken dat er een zekere huiver bestaat om alle stukken, met name de 285-verklaring met bijlagen, aan de schuldeiser te zenden omdat deze dikwijls informatie over de persoonlijke situatie van de schuldenaar bevatten. Daarbij wordt erop gewezen dat de behandeling van het Wsnp-verzoek zelf achter gesloten deuren plaatsvindt.⁵⁴

Het is niet aan de rechtbank een selectie van de door te sturen stukken te maken, zeker niet als de verzoeker zelf zich daarover niet heeft uitgelaten. Wellicht heeft verzoeker helemaal geen bezwaar tegen doorzending van die stukken. Bovendien geldt dat het Wsnp-verzoek, met alle bijbehorende stukken, na toelating van de schuldenaar tot de schuldsaneringsregeling ter inzage ligt 'van een ieder' (art. 286) en dan dus openbaar wordt. Ten slotte weegt toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor zwaarder dan de privacy van de schuldenaar. Mijn conclusie is dat alle stukken dienen te worden doorgezonden aan de betrokken schuldeiser.⁵⁵ Indien verzoeker daartegen om redenen van privacy bezwaar heeft, dient hij dat bij de indiening van het verzoek gemotiveerd aan te geven. De rechter dient dan te beslissen. Uit de literatuur blijkt dat er slechts onder bijzondere omstandigheden reden bestaat om een beroep op vertrouwelijkheid te honoreren en een beslissing te geven (mede) op grond van informatie die bij een van partijen niet bekend is. Het gaat dan om gevallen waarin sprake is van militaire geheimen⁵⁶ of het belang van een minderjarig kind dat zijn mening over een rechtszaak niet bekend wordt bij zijn beide ouders.⁵⁷ Dergelijke uitzonderlijke situaties zullen zich in 287b-zaken niet snel voordoen.

4.4.3 De mondelinge behandeling

Het verzoekschrift ex art. 287b wordt ter zitting behandeld. Deze zitting is in beginsel openbaar. Dit volgt uit art. 6 EVRM en het toe te passen of overeenkomstig toe te passen art. 27 Rv. De datum voor de mondelinge behandeling wordt in beginsel vastgesteld zonder dat bij partijen verhinderdata worden opgevraagd. In art. 1.4.6 Procesreglement verzoekschriftprocedures rechtbanken (kantonzaken) is bepaald dat in een dergelijk geval op verzoek van de desbetreffende

53 Zie onder meer HR 12 mei 1989, *NJ* 1989, 647 en HR 31 januari 2003, *NJ* 2004/48.

54 In die zin oordeelde Rb. Rotterdam 19 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2545.

55 Een uitzondering op deze regel zou kunnen worden gemaakt in het geval een groot aantal bijlagen bij het verzoek tot toelating tot de schuldsaneringsregeling is gevoegd zoals rekeningen en bankafschriften. In dat geval kan er om praktische redenen voor worden gekozen dat deze niet worden verzonden onder vermelding van deze stukken in de oproeping.

56 HvJ EG 14 februari 2008, *NJ* 2008/271, m.nt. M.R. Mok.

57 J.L.R.A. Huydecoper, 'Geheimhouding en waarheidsvinding in het civiele proces', *Trema* 2010/8.

partij steeds uitstel van de mondelinge behandeling wordt verleend, mits dat verzoek binnen vijf werkdagen na de oproeping is gedaan.⁵⁸ Een dergelijke regel zou ook bij de mondelinge behandeling van 287b-verzoeken moeten gelden.

Een 287b-verzoek wordt soms zeer kort voor de geplande datum van de ontruiming van de huurwoning of afsluiting van de nutsvoorziening ingediend.⁵⁹ De rechtbank kan dan aanleiding zien de gevraagde voorziening te geven zonder mondelinge behandeling en wel voor de tijd totdat op het verzoekschrift ex art. 287b lid 1 is beslist.⁶⁰ Een andere mogelijkheid is om de betrokkenen telefonisch te horen.⁶¹ Uit de jurisprudentie alsook de enquête onder de leden van Recofa is gebleken dat een aantal rechtbanken het 287b-verzoek soms zonder zitting voor beperkte duur toewijst, waarna alsnog een zitting wordt gehouden.⁶² Deze rechtbanken hanteren daarbij blijkens genoemde enquête verschillende voorwaarden of werkwijzen. Een van de rechtbanken geeft de voorziening alleen zonder het houden van een zitting als het gaat om een dreigende woningontruiming en de deurwaarder deze niet wil uitstellen tot de zitting. Een volgende rechtbank doet dit alleen als er een verklaring voor de late indiening van het 287b-verzoek is. Een laatste rechtbank giet de toewijzing in de vorm van een ambtshalve voorziening. Twee rechtbanken meldden dat schuldhulpverleners in spoedgevallen naast een 287b-verzoek tevens een 287 lid 4-verzoek doen.

In de jurisprudentie valt op dat de schuldeiser die het betreft – anders dan bij 287a-verzoeken – vrijwel steeds ter zitting verschijnt dan wel zijn standpunt schriftelijk kenbaar maakt. Er zijn geen uitspraken bekend waarin het 287b-verzoek, ondanks niet-verschijning van de verweerder, met toepassing van de zo te noemen verstekformule (niet onrechtmatig of ongegrond) wordt toegewezen. Dit wijst erop dat de rechter eveneens met de belangen van de verweerder rekening houdt als hij niet verschijnt. Het voorgaande neemt niet weg dat het wenselijk is dat in de oproeping wordt vermeld dat de schuldeiser, indien hij niet kan verschijnen, zijn standpunt schriftelijk kenbaar kan maken.

4.4.4 *De beslissing en de proceskosten*

De beslissing op een 287b-verzoek geschiedt bij vonnis nu art. 287a lid 4 de beslissing als zodanig benoemt, welk artikellid krachtens art. 287b lid 3 van toepassing is. Op de vraag waarom een beslissing op een verzoekschrift in de vorm van een vonnis geschiedt, geeft de parlementaire geschiedenis van de Faillissementswet geen antwoord.⁶³ Volgens Ynzonides hangt dit samen met het feit dat een vonnis ten tijde van de totstandkoming van de Faillissementswet werd geacht met meer waarborgen te zijn omkleed dan een beschikking.⁶⁴ Of

58 Zie www.rechtspraak.nl (procedures/landelijke regelingen).

59 Rb. Arnhem 28 oktober 2008, *LJN* BG3933.

60 Rb. Amsterdam 12 juni 2008, *LJN* BD6299. Zie voorts Rb. Haarlem 18 september 2012, *LJN* BX8922 en Rb. Midden-Nederland 27 augustus 2014, *ECLI:NL:RBMNE:2013:3537*, *TvS* 2014, 418.

61 Rb. Arnhem 28 oktober 2008, *LJN* BG3933.

62 Zie bijvoorbeeld Rb. Overijssel 12 september 2013, *ECLI:NL:RBOVE:2013:2796*.

63 A.I.M. van Mierlo, 'De procedure tot faillietverklaring in het licht van het commune procesrecht', *TvJ* 1998/1, p. 4 e.v., Zie hierover ook: Wessels Insolventierecht I 2012/1292.

64 Ynzonides, diss. 1996, p. 238 noot 5.

deze overweging bij het aanwijzen van deze beslissing als vonnis heeft meegepeeld, valt niet na te gaan.

Art. 287b kent geen bepaling over de proceskosten. In par. 3.11.7 is ten aanzien van art. 287 lid 4 toegelicht dat een dergelijke veroordeling wel kan worden uitgesproken met overeenkomstige toepassing van art. 289 Rv.⁶⁵ Dit geldt tevens voor de beslissing op een 287b-verzoek. Het is aan het inzicht van de rechter die over de feiten oordeelt overgelaten of hij aanleiding vindt in het gegeven geval een veroordeling in de proceskosten uit te spreken.⁶⁶

Hierbij is het volgende van belang. De voorziening van art. 287b strekt tot het tijdelijk opschorten van executiemaatregelen door de verhuurder, de netleverancier, drinkwaterleveranciers of zorgverzekeraar met als voorwaarde dat lopende verplichtingen voldaan worden. Hier staat het recht van de schuldeiser tegenover een noodsituatie van de schuldenaar. Bij het geven van een proceskostenveroordeling acht ik terughoudendheid geboden. Slechts indien een schuldenaar een kansloos 287b-verzoek – bijvoorbeeld een herhaald verzoek na eerdere afwijzing – indient en zich schuldig maakt aan misbruik van procesrecht of, anderzijds, de schuldeiser zich schuldig maakt aan misbruik van zijn recht tot woningontuiming of afsluiting van een nutsvoorziening, lijkt veroordeling in proceskosten op haar plaats.⁶⁷

Een volgende vraag is welke proceskosten voor vergoeding in aanmerking komen en op welke wijze ze begroot moeten worden. In een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam uit 2008 bedroeg de proceskostenveroordeling € 452,-, zijnde één punt van het zogeheten liquidatietarief voor zaken bij de sector civiel.⁶⁸ Dat lijkt mij niet juist omdat geen sprake is van verplichte procesvertegenwoordiging. Toepassing van het door de kantonrechter in rolzaken (wat deze verzoeken niet zijn) toegepaste liquidatietarief ligt daarom meer voor de hand.⁶⁹ Bij vorderingen of verzoeken van onbepaalde waarde varieert dit tarief van € 60,- tot € 800,- per punt. Aangesloten zou kunnen worden bij het bedrag van € 150,- per punt dat bij vorderingen tot ontbinding van de huurovereenkomst en ontruiming van een huurwoning gebruikelijk is. De Rechtbank Amsterdam wees in een andere uitspraak een verzoek van de woningbouwvereniging tot veroordeling van de aanvrager in de proceskosten af met als reden dat er geen procureurskosten waren gemaakt.⁷⁰ Uit die uitspraak kan echter worden afgeleid dat een gemachtigde voor haar het woord heeft gevoerd omdat is vermeld ‘Namens de schuldeiser (...) zijn mevr (X) en mr. (Y), gerechtsdeurwaarder, ter zitting verschenen’.

Als een partij wordt bijgestaan door een professionele gemachtigde, zoals een advocaat of een juridisch adviseur zal duidelijk zijn dat diens kosten voor vergoeding in aanmerking komen. Maar hoe zit het als verzoeker wordt bijgestaan door een schuldhelpverlener die door de gemeente wordt betaald of als de schuldeiser wordt vertegenwoordigd door een eigen medewerker? Is in het eerste

65 Zoals aangegeven in hoofdstuk 1 wordt er verondersteltenderwijs van uitgegaan dat titel 3 (Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) niet van toepassing is op procedures van art. 287b. Zie hierover hoofdstuk 6.

66 HR 11 februari 2000, NJ 2000/239. Zie voor een insolventieprocedure: HR 24 oktober 1997, NJ 1998/68.

67 Voor een voorbeeld van dit laatste zie Rb. Rotterdam 2 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2647.

68 Rb. Amsterdam 20 augustus 2008, L/N BG4436.

69 Zie de Stafel buitengerechtelijke incassokosten (BIK) en salarissen in rolzaken kanton op rechtspraak.nl (procedures/landelijke regelingen).

70 Rb. Amsterdam 13 februari 2008, 08-214R (niet gepubliceerd).

geval sprake van een gemachtigde of van een bijstandsverlener? In de tweede situatie (vertegenwoordiging door een eigen medewerker) rijst de vraag of voor het toekennen van een vergoeding van de kosten vereist is dat de partij de gemachtigde daadwerkelijk betaalt.

Voor bespreking van deze vragen zij korthedshalve verwezen naar par. 5.6.2.

4.4.5 *Na het vonnis*

Richtlijn 1.5 van de Recofarichtlijnen 2009 ('Voorlopige voorziening: moratorium (artikel 287b)') bepaalt dat de uitspraak waarin een voorlopige voorziening (ex art. 287b) wordt gegeven in ieder geval vermeldt:

- dat het intrekken van het verzoek om toelating tot de schuldsaneringsregeling verval van het moratorium meebrengt, en
- dat het moratorium slechts geldt indien en zolang de schuldenaar de lopende verplichtingen uit de rechtsverhouding waarop het moratorium betrekking heeft, nakomt.

Aangenomen moet worden dat het moratorium tevens door verloop van de termijn vervalt. Niet is geregeld dat schuldeisers tussentijds om opheffing kunnen vragen bij de insolventierechter bijvoorbeeld omdat de lopende verplichtingen niet worden nagekomen. Art. 287b voorziet hierin niet. Een schuldeiser zal zich tot de 'gewone' voorzieningenrechter moeten wenden indien hij tussentijdse opheffing van het moratorium wenst. Het verdient daarom aanbeveling art. 287b zodanig te wijzigen dat de schuldeiser de insolventierechter kan vragen het moratorium op te heffen. Titel 3 en de bepalingen over het kort geding (art. 254 Rv e.v.) kennen een dergelijke bepaling niet, maar gewezen kan worden op de regeling voor voorlopige voorzieningen in familiezaken (art. 821 Rv e.v.). In die zaken kan bij de (familie)rechter die de voorlopige voorzieningen gaf om wijziging van die voorzieningen worden gevraagd als de omstandigheden na de beschikking in zodanige mate zijn gewijzigd of als bij het geven van de beschikking in zodanige mate van onjuiste gegevens is uitgegaan dat, alle betrokken belangen in aanmerking genomen, de voorziening niet in stand kan blijven (art. 824 lid 1 Rv). Het ligt voor de hand in 287b-zaken dezelfde uitgangspunten te hanteren.

Degene die de buitengerechtelijke schuldhelpverlening uitvoert, moet na afloop van de termijn waarvoor het moratorium gold, verslag uitbrengen aan de rechtbank (art. 287b lid 6). Dit verslag – zo moet worden aangenomen – bevat informatie om de rechter in staat te stellen het aangehouden 287a-verzoek of Wsnp-verzoek te behandelen en te beoordelen. Het kan – in het geval geen schuldregeling tot stand kwam – mede worden beschouwd als de in art. 285 lid 1 onder f bedoelde verklaring dat er geen mogelijkheden voor een minnelijke schuldregeling (meer) bestaan. In art. 3.2.4.7 Procesreglement insolventiezaken is bepaald dat het verslag vier weken voor afloop van de termijn moet zijn ingediend. Alleen een gemeentelijke kredietbank of een andere door de Wet op het consumentenkrediet aangewezen persoon of instelling, die namens de schuldenaar het minnelijke traject uitvoert, mag een dergelijk verslag uitbrengen

(art. 287b lid 6).⁷¹ Dit betreft onder meer advocaten, curatoren en bewindvoerders ingevolge de Faillissementswet aangesteld, registeraccountants en accountants-administratieconsulenten. De verslagen ex art. 287b lid 6 spelen blijkens de Recofa-enquête bij veel rechtbanken een (belangrijke) rol.⁷²

Evenals bij art. 287 lid 4 rijst de vraag of de rechter die op het 287b-verzoek besliste als onpartijdig kan worden beschouwd indien hij of zij ook het Wsnp-verzoek beoordeelt. Anders dan bij 287 lid 4-verzoeken is een beslissing op een 287b-verzoek niet als een voorschot op de beslissing op het Wsnp-verzoek te beschouwen. Deze vraag kan dus bevestigend worden beantwoord. In die zin oordeelde de Rechtbank Leeuwarden toen de toelatingsrechter door de schuldenaar werd gewraakt omdat deze haar niet alleen (eerder) in een Wsnp-verzoek niet-ontvankelijk had verklaard maar nadien tevens een 287b-verzoek had afgewezen.⁷³

4.5 Het beoordelingscriterium

4.5.1 Inleiding

Art. 287b geeft geen beoordelingscriterium. Art. 287a lid 5 schrijft voor dat de rechter de belangen van schuldenaar en schuldeisers moet wegen, maar deze bepaling is in art. 287b niet van overeenkomstige toepassing verklaard. Dat is merkwaardig omdat niet zonder meer valt in te zien waarom de rechter bij het geven van een voorziening ex art. 287 lid 4 uitdrukkelijk wel op belangen van de partijen moet letten en dit niet voor art. 287b zou gelden. Bovendien is bepaald dat de schuldeiser tegen wie het verzoek zich richt, moet worden opgeroepen. In deze paragraaf wordt aan de hand van wetsgeschiedenis, literatuur en jurisprudentie nagegaan welk beoordelingscriterium zou moeten worden toegepast.

De voorzieningen van art. 287b dienen ertoe een in deze wetbepaling genoemde ‘bedreigende situatie’ af te wenden. Het is de bedoeling dat de schuldenaar dankzij deze voorziening een zogeheten minnelijk traject kan doorlopen.

In de wetsgeschiedenis van art. 287b is vermeld dat de voorziening er, met het afwenden van de bedreigende situatie, mede toe kan dienen ‘de goede trouw’ meer gefundeerd te laten blijken. In de jurisprudentie zijn geen uitspraken bekend waaruit dat (enkele) doel van de voorziening blijkt. Daaruit kan worden afgeleid dat dit in de praktijk geen rol speelt. Het uiteindelijke doel van de voorlopige voorziening is in elk geval het treffen van een minnelijke schuldregeling. In sommige gevallen is duidelijk dat een minnelijke schuldregeling geen of weinig kans van slagen heeft. Uit een klein aantal uitspraken blijkt dat de rechter bij de beoordeling van een 287b-verzoek bereid is te betrekken de vraag of toekenning van een 287a-verzoek tot de mogelijkheden behoort.⁷⁴ In de wetsgeschiedenis bij art. 287b wordt dit niet als doel van de voorlopige voorzieningen genoemd, maar op grond van de wettekst is dit goed te verdedigen.

⁷¹ Wessels Insolventierecht IX 2012/9066h, Lammers, *GS Faillissementswet*, art. 287b aant. 11.2.

⁷² Engberts 2014, p. 22.

⁷³ Rb. Leeuwarden 24 mei 2012, *LJN* BW8115.

⁷⁴ Bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 10 januari 2012, *LJN* BV1455 en Rb. Midden-Nederland 27 augustus 2013, *ECLI:NL:RBMNE:2013:3537*, *TvS* 2014, 418.

In art. 287b lid 1 wordt immers het 287a-verzoek genoemd en staat zelfs dat het 287b-verzoek aan een dergelijk verzoek voorafgaat.

Tot slot zij opgemerkt dat de insolventierechter zich bij de beoordeling van de relevante feiten en omstandigheden kan beperken tot de vraag of deze voldoende aannemelijk zijn. De regels van bewijsrecht van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn niet van toepassing. Dit past in het in par. 2.6 geschetste procedurele kader en in het bijzonder bij het systeem en de aard van het insolventieprocesrecht.

4.5.2 *Wetsgeschiedenis en literatuur*

Uit de wetsgeschiedenis van art. 287b blijkt dat de rechter het verzoek zou mogen toetsen aan de toelatingsvereisten van art. 288, eerste en tweede lid en dat hij een eventueel ontbreken van de goede trouw ten aanzien van het ontstaan en/of onbetaald laten van de schulden in de periode van vijf jaar voor indiening van het verzoek (art. 288 lid 1 onder b) mag laten meewegen.⁷⁵ Noordam wijst er terecht op dat dit uit de tekst van art. 287b noch uit de toelichting op het amendement Weekers c.s. blijkt.⁷⁶ Lankhorst geeft tevens aan dat het wettelijke criterium voor beoordeling van het 287b-verzoek niet helder is.⁷⁷ De wet zegt, aldus Lankhorst, niet dat als zich een bedreigende situatie voordoet de gevraagde voorziening dan (automatisch) gegeven moet worden. Hij signaleert dat de vraag of het 287b-verzoek kan worden toegewezen meestal wordt beoordeeld door middel van een belangenafweging met als toets of de afkoelingsperiode noodzakelijk en gerechtvaardigd is. Volgens Lankhorst is het niet goed als de rechter bij de beoordeling van een 287b-verzoek blind is voor de vraag of de schuldenaar te goeder trouw is ten aanzien van het ontstaan of onbetaald laten van de schulden. Volgens hem zal die vraag na afloop van de afkoelingsperiode (zoals hij dat noemt) zich onvermijdelijk weer aandienen.

Uit de wetsgeschiedenis zou voorts kunnen worden afgeleid dat de intentie van verzoeker om tot een schuldregeling te komen voldoende is voor toewijzing van een 287b-verzoek. Het gaat om een uitspraak van toenmalig Kamerlid Weekers (mede-indiener van het amendement dat tot invoering van art. 287b leidde), vermeld in de Handelingen van de plenaire vergadering van de Tweede Kamer van 26 oktober 2006:⁷⁸ 'Ik vind dat je niet al te snel moet overgaan tot een moratorium en dat dit ook niet erg langlopend kan zijn, omdat het nogal ingrijpend is, dat onderken ik. Toch meent mijn fractie dat een time-out wenselijk kan zijn. Wanneer er geen time-out kan worden opgelegd door de rechter, in welke vorm dan ook, leidt dat ertoe dat de problemen alleen maar groter worden van mensen die in grote problemen zitten, maar er wel uit willen komen, (...) Ik vind dat wij het mogelijk moeten maken om perspectief te bieden en een steuntje in de rug te geven, vandaar mijn amendement op stuk nr. 26, dat in tijd beperkt is. Het haakt heel sterk aan op het verzoekschrift dat moet worden ingediend in het kader van de Wsnp en bij een dwangakkoord. Dat betekent dat iemand niet zonder meer kan

⁷⁵ *Handelingen I* 2006/07, 30, p. 30-959.

⁷⁶ Noordam 2008, p. 285.

⁷⁷ Zie zijn noot bij Rb. Midden-Nederland 27 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3537, *TvS* 2014, 418.

⁷⁸ *Handelingen II* 2006/07, 18 p. 1344-1354.

proberen een bedreigende situatie af te wenden, als er geen enkele intentie is om daadwerkelijk tot een fatsoenlijke schuldhelpregeling te komen. (...)'. Op dit citaat wordt hieronder, aan de hand van jurisprudentie nader ingegaan.

Er is weinig literatuur over art. 287b. Volgens Noordam geeft de wettekst de rechter nauwelijks een mogelijkheid een 287b-verzoek af te wijzen.⁷⁹ Volgens Wessels strookt het meest met het doel van art. 287b en de strekking van titel III dat een schuldenaar, ook als het onaannemelijk is dat het Wsnp-verzoek wordt toegewezen, de mogelijkheid krijgt om een minnelijke regeling met de schuldeisers overeen te komen.⁸⁰ Wessels acht het voor de hand liggend om, nu partijen worden opgeroepen, bij het geven van een voorlopige voorziening ex art. 287b een gelijke maatstaf aan te houden als gegeven in art. 287 lid 4 en dus te letten op 'de belangen van partijen'.⁸¹

4.5.3 *Jurisprudentie*

De jurisprudentie vertoont een divers beeld. Er zijn ten eerste uitspraken waarin bij de beoordeling van het verzoek – onder verwijzing naar art. 287 lid 4 – de belangen van verzoeker en (betrokken) schuldeiser tegen elkaar worden afgewogen.⁸² Ten tweede zijn er uitspraken waarin wordt overwogen dat het gevraagde moratorium in beginsel wordt toegewezen tenzij zwaarwegende belangen van schuldeisers zich daartegen verzetten.⁸³

Ten derde is er een aantal uitspraken waarin de enkele intentie van de schuldenaar te komen tot een minnelijke schuldregeling voldoende is om voor toewijzing van het 287 lid 4-verzoek.

In alle gevallen geldt dat nakoming van de lopende verplichtingen moet zijn gewaarborgd; dit volgt uit het van toepassing verklaren van art. 304 en 305.

Bij de beoordeling van verzoeken tot het stopzetten van een woningontruiming speelt in de belangenafweging (eerste groep) regelmatig de duur van de huurachterstand en de hardnekkigheid van de wanbetaling een rol.⁸⁴ Zo weigerde de Rechtbank Groningen de voorziening in een zaak waarin sprake was van 16 jaar huurachterstand en waarin al 13 keer ontruiming was aangezegd.⁸⁵ Hoewel dat niet expliciet uit de uitspraak blijkt, moet deze mijns inziens zo verstaan worden dat met deze voorgeschiedenis de belangen van de verhuurder bij ontruiming zwaarder wegen dan die van de schuldenaar.⁸⁶ De Rechtbank Haarlem wees een 287b-verzoek betreffende de ontruiming van een huurwoning af omdat verzoekster reeds gedurende ruim anderhalf jaar haar verplichting tot het betalen van de huur niet was nagekomen.⁸⁷ Hierbij was van belang dat

⁷⁹ Noordam 2008, p. 286.

⁸⁰ Wessels Insolventierecht IX 2012/9066f.

⁸¹ Wessels Insolventierecht IX 2012/9066f.

⁸² Uit de jurisprudentie blijkt volgens Noordam dat vele rechters, maar niet alle rechters, hun beslissing op een belangenafweging baseren: Noordam 2012/2013, p. 957.

⁸³ Bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 13 februari 2008, *LJN* BC4565, Rb. Maastricht 3 juni 2009, *LJN* BI6719, Rb. Haarlem 22 december 2009, *LJN* BK7328, Rb. Breda 4 juli 2012, *LJN* BX0769, *Prg.* 2012, 207 en Rb. Overijssel 12 september 2013 *ECLI:NL:RBOVE:2013:2796*.

⁸⁴ Zie hierover Boudewijn 2008, p. 114.

⁸⁵ Rb. Groningen 2 september 2009, *LJN* BJ7417.

⁸⁶ De Rechtbank Breda hanteerde dit criterium expliciet in een zaak waarin (ook) eerdere huurachterstanden waren ontstaan, er sprake was van een eerder ontruimingsvonnis en iedere getroffen betalingsregeling onvoldoende was nagekomen. Rb. Breda 4 juli 2012, *LJN* BX0769, *Prg.* 2012, 207.

⁸⁷ Rb. Haarlem 18 september 2012, *LJN* BX 8922.

verzoekster wel beschikte over een inkomen waaruit die huur betaald kon worden en dat verhuurder pogingen had gedaan om tot een minnelijke regeling te komen. De rechtbank nam tevens in aanmerking dat verzoekster de huur evenmin had betaald nadat het 287b-verzoek, zonder behandeling ter zitting, voorlopig was toegewezen. Onder deze omstandigheden kon van verhuurder niet worden gevergd dat zij de huurovereenkomst nog langer gestand zou doen en diende het belang van Rochdale bij instandhouding van de ontbinding van de huurovereenkomst zwaarder te wegen dan het belang van verzoekster. Hierbij moet worden aangetekend dat het herhaald niet betalen van de huur en het niet nakomen van een betalingsregeling op zichzelf geen belemmering vormt voor het geven van de voorziening.⁸⁸

In een aantal uitspraken uit de tweede ‘groep’ wordt nagegaan of het te doorlopen minnelijke traject niet bij voorbaat kansloos is.⁸⁹ Hoewel dit in de meeste uitspraken niet is vermeld, betreft dit in wezen de vraag of verzoeker een door art. 287b beschermd belang heeft bij de gevraagde voorziening. In deze uitspraken wordt veelal betrokken de vraag of een 287a-verzoek kans van slagen heeft.

Een minnelijk traject wordt slechts onder bijzondere omstandigheden bij voorbaat kansloos geacht. Het feit dat de leverancier van energie alleen akkoord wilde gaan met een aflossingsregeling van € 100,- per maand was volgens de Rechtbank Groningen bijvoorbeeld onvoldoende om te oordelen dat een minnelijke schuldregeling op voorhand kansloos is.⁹⁰

De Rechtbank Amsterdam wees het 287b-verzoek wel af omdat noch een minnelijk traject noch een 287a-verzoek kans van slagen zouden hebben.⁹¹ Dit betrof een geval waarin de neef van schuldenaar tijdens diens detentie in de woning had verbleven, maar de huur niet had betaald. De rechtbank legde er de nadruk op dat de voorziening de schuldeiser van zijn recht afhoudt een ontruimingsvonnis ten uitvoer te leggen en dat een dergelijk verzoek niet lichtvaardig mag worden toegewezen, zeker niet als een minnelijke regeling of een 287a-verzoek weinig kans van slagen heeft. Deze overweging lijkt te zijn ingegeven door de ernst van de verwijten en de – blijkbaar – niet weersproken omstandigheid dat er verschillende politie-invalen in de woning waren geweest waarbij was gebleken dat de woning door verschillende personen werd gebruikt en dat meermalen drugs in beslag waren genomen. Een soortgelijke zaak is te vinden in een uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland.⁹² In die zaak had de schuldeiser (woningbouwvereniging) aangegeven niet akkoord te gaan met een minnelijke schuldregeling omdat schuldenaar niet te goeder trouw zou zijn ten aanzien van het ontstaan van de huurschuld. Uit de uitspraak blijkt onder meer dat schuldenaar eerder voor zijn schuldeisers naar de Verenigde Staten was gevlucht en dat van zijn daar verdiende salaris niets naar de schuldeisers is gegaan. Na zijn terugkeer in 2011 in Nederland waren fraudeschulden bij de Sociale Dienst en het CJIB ontstaan.

Op grond van de wettekst is verdedigbaar dat het moratorium tevens bedoeld is om – in het geval de minnelijke schuldregeling niet slaagt – een verzoek ex art. 287a te kunnen indienen. Daarom is de vraag of het minnelijke traject bij voorbaat

⁸⁸ Zie bijvoorbeeld Rb. Haarlem 19 maart 2008, *LJN* BC7046.

⁸⁹ Bijvoorbeeld Rb. Utrecht 9 december 2011, *LJN* BU8308 (geen expliciete belangenafweging).

⁹⁰ Rb. Groningen 28 februari 2008, *LJN* BC6630, *TvS* 2008, 250.

⁹¹ Rb. Amsterdam 10 januari 2012, *LJN* BV1455.

⁹² Rb. Midden-Nederland 27 augustus 2013 *ECLI:NL:RBMNE:2013:3537*, *TvS* 2014, 418.

kansloos is slechts onder bijzondere omstandigheden van belang, zoals blijkt uit de hiervoor geschetste uitspraken van de Rechtbanken Amsterdam en Rotterdam.

Een uitspraak uit de derde groep betreft een vonnis van de Rechtbank 's-Gravenhage uit 2009 waarin de rechtbank oordeelde – onder verwijzing naar de hiervoor geciteerde uitspraken van Kamerlid Weekers – dat een belangenafweging niet aan de orde is, maar dat het gaat om de vraag of de schuldenaar de intentie heeft daadwerkelijk tot een fatsoenlijke schuldregeling te komen.⁹³

De intentie daadwerkelijk een schuldregeling tot stand te brengen speelde een rol in een uitspraak van de Rechtbank Utrecht uit 2011.⁹⁴ De rechtbank oordeelde onder meer dat niet was aangetoond dat verzoeker daadwerkelijk een minnelijke regeling tot stand wilde brengen aangezien hij de bijzondere bijstand die hij voor de betaling van de huurachterstand had ontvangen voor andere doeleinden had aangewend. Anders dan in de uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage speelde (twijfel over) de intentie van de schuldenaar geen doorslaggevende rol. Voorts kan genoemd worden een uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland.⁹⁵ In deze zaak bleek uit het schuldhulpverslag dat de schuldenaar niet gemotiveerd was om zijn schulden af te lossen en dat een eerdere betalingsregeling voor zijn huurachterstand niet was nagekomen.

Een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam uit 2014 kan bij deze groep geschaard worden. Aan de orde kwam de vraag of en zo ja, welke eisen aan het te doorlopen minnelijke traject gesteld mogen worden.⁹⁶ De rechtbank overwoog dat de wet geen eisen stelt aan de kwaliteit van het minnelijke traject, maar dat wel duidelijk is dat de schuldenaar zijn best moet doen om tot een regeling te komen en die mogelijkheid uitputtend moet zijn onderzocht. Zij verwees daarbij naar de wetsgeschiedenis bij het wetsontwerp dat tot invoering van onder meer art. 287b leidde.⁹⁷ De schuldenaar had verklaard de schulden zelf te willen oplossen en dat hij geen werk had maar niet solliciteerde. Tevens bleek dat selectieve betalingen waren gedaan en dat er geen intentie was om desnoods een Wsnp-verzoek in te dienen. De rechtbank concludeerde dat de schuldenaar het minnelijke traject niet wilde uitvoeren op een wijze die de wetgever blijkens art. 284 e.v. voor ogen staat. Daarom werd het 287b-verzoek afgewezen. Deze overwegingen zouden kunnen worden samengevat in de vaststelling dat verzoeker geen serieuze intentie had tot een minnelijke schuldregeling te komen.

4.5.4 *Verzoeker 'zat' minder dan tien jaar geleden in de schuldsaneringsregeling*

De rechtspraak is verdeeld over de vraag of het 287b-verzoek moet worden toe- of afgewezen als de schuldsaneringsregeling minder dan tien jaar geleden op verzoeker van toepassing is geweest en de afwijzingsgrond van art. 288 lid 1 onder d zich voordoet. De Rechtbank Rotterdam wees een 287b-verzoek

93 Rb. 's-Gravenhage 9 juni 2009, *LJN* BJ3246. In een uitspraak van Rb. Groningen in 2010 speelde de intentie van verzoeker ook een rol, zij het dat die in een belangenafweging tot uitdrukking kwam. Eerdere contacten met schuldhulpverlening waren geëindigd omdat de schuldenaar geen budgetbeheer en schuldregeling zei te willen. Rb. Groningen van 20 mei 2010, *LJN* BN6294.

94 Rb. Utrecht 15 juli 2011, *LJN* BR2221.

95 Rb. Midden-Nederland 27 augustus 2013, *ECLI:NL:RBMNE:2013:3537*, *TvS* 2014, 418.

96 Rb. Rotterdam 18 maart 2014, *ECLI:NL:RBROT:2014:2550*.

97 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 942, nr. 7, p. 18, 28 en 42.

daarom, zonder oproeping van de schuldeiser en zonder mondelinge behandeling, af omdat aannemelijk was dat het Wsnp-verzoek zou worden afgewezen.⁹⁸ De Rechtbank Arnhem wees een 287b-verzoek desondanks wel toe.⁹⁹ Uit die uitspraak blijkt dat het er voor de rechtbank enkel om gaat of de gevraagde voorziening noodzakelijk en gerechtvaardigd is teneinde verzoekers in staat te stellen in het minnelijke traject tot overeenstemming met hun schuldeisers te komen over een minnelijke schuldregeling. Dit lijkt mij in het licht van het doel van 287b een juiste beslissing.

4.5.5 *De lopende verplichting nakomen*

Voorwaarde voor het geven van een voorlopige voorziening is dat aan de lopende verplichtingen wordt voldaan. Verzoeken worden met enige regelmaat afgewezen omdat er op dat punt geen of onvoldoende waarborg is.¹⁰⁰ In dit verband rijst de vraag of de huur over de ten tijde van de uitspraak op het 287b-verzoek lopende maand moet worden voldaan. Uitgangspunt in de jurisprudentie lijkt te zijn dat de voorziening wordt gegeven onder de voorwaarde dat de huur met ingang van de op de uitspraak volgende maand weer moet worden voldaan. In een uitspraak van de Rechtbank Arnhem werd in afwijking op deze regel beslist dat ook de huur over de lopende maand december moest worden voldaan, waarschijnlijk omdat de voorziening aan het begin van de maand (3 december) werd gegeven.¹⁰¹ De conclusie is dat het belang van de betrokken schuldeiser die een duurovereenkomst met de schuldenaar heeft, weinig gewicht in de schaal legt dat. De voorziening houdt immers in beginsel in dat de lopende verplichtingen voldaan moeten worden alsook dat over betaling van die verplichtingen in de toekomst voldoende zekerheid moet bestaan.

4.5.6 *Samenvatting*

Het is duidelijk dat de voorzieningen van art. 287b er vooral toe strekken de schuldenaar in staat te stellen een minnelijke schuldregeling met zijn schuldeisers tot stand te brengen. In het verlengde daarvan kunnen de voorzieningen hem, indien het minnelijke traject niet slaagt, in staat stellen een verzoek in te dienen tot oplegging van een schuldregeling (art. 287a).

Van een (mogelijke) bodemprocedure, zoals bij kort gedingen, ex art. 254 Rv is geen sprake. Er moet weliswaar een Wsnp-verzoek worden ingediend, maar dit verzoek kan niet compleet zijn omdat de verklaring van art. 285 lid 1 onder f – inhoudende dat het minnelijke traject is mislukt – ontbreekt. Het ligt daarom niet voor de hand bij de beoordeling van 287b-verzoeken een parallel te trekken met de in de kortgedingjurisprudentie ontwikkelde criteria, dat wil zeggen de vraag of sprake is van een spoedeisend belang. Evenmin lijkt van belang of het onderliggende Wsnp-verzoek te zijner tijd voor toewijzing in aanmerking komt.

98 Rb. Rotterdam 8 februari 2011, *LJN* BP5312. Vreemd is dat verzoeker om dezelfde reden niet-ontvankelijk werd verklaard in het Wsnp-verzoek.

99 Rb. Arnhem 7 mei 2010, *LJN* BM9514.

100 Zie Rb. Maastricht 3 juni 2009, *LJN* BI6719, *TvS* 2010, 288 en Rb. Rotterdam 7 januari 2009, *LJN* BH1641.

101 Rb. Arnhem 3 december 2010, *LJN* BO7899.

In de jurisprudentie zijn uitspraken te vinden waarin de enkele intentie te komen tot een minnelijke schuldregeling voldoende is voor toewijzing van het 287b-verzoek. Dit criterium wordt afgeleid uit uitspraken van het toenmalige Tweede Kamerlid Weekers bij de introductie van art. 287b. Weekers legt daarin uit dat hij (ook) vindt dat niet al te snel moet worden overgegaan tot een moratorium omdat dit nogal ingrijpend is. Anderzijds is een ‘time-out’ volgens hem wenselijk omdat de problemen van schuldenaren – die met behulp van een schuldhelpverlener uit de problemen willen komen – alleen maar groter worden als niet iedereen meewerkt. Er wordt, aldus Weekers, aangehaakt bij het Wsnp-verzoek en dat betekent dat het afwenden van een bedreigende situatie alleen gerechtvaardigd is als de intentie bestaat om daadwerkelijk tot een fatsoenlijke schuldhelpregeling te komen. Dit laatste kan, in combinatie met de inleidende opmerkingen van Weekers, zo worden gelezen dat de vereiste, gelijktijdige indiening van een Wsnp-verzoek ertoe strekt of dient om die intentie te toetsen, althans een dam op te werpen tegen het te gemakkelijk en/of in een opwelling indienen van een 287b-verzoek. Afgezien van de vraag hoe de totstandkomingsgeschiedenis van art. 287b moet worden uitgelegd en welke betekenis daaraan moet worden toegekend, geldt dat het verlenen van een voorziening ten koste van een schuldeiser gaat en dat dat al meebrengt dat de belangen van die schuldeiser bij de beslissing betrokken horen te worden. Dit kan worden afgeleid uit de van toepassing verklaarde bepaling (art. 287b lid 3 j° 287 lid 3) inhoudende dat de belanghebbende schuldeiser moet worden opgeroepen.

Ik zie voorts een praktisch probleem bij het toetsen van een 287b-verzoek aan de hand van de intentie van de verzoeker, want hoe moet deze worden vastgesteld? Het enkele feit dat een schuldenaar zich kort voor een aangezegde woningontruiming (in paniek) tot een schuldhelpverlener heeft gewend, betekent niet dat de intentie om tot een schuldregeling te komen ontbreekt. Slechts onder zeer bijzondere omstandigheden kan wellicht worden vastgesteld dat verzoeker niet daadwerkelijk streeft naar een minnelijke schuldregeling.

Het lijkt mij vruchtbaarder en meer passend bij het systeem van de wet om een 287b-verzoek te beoordelen aan de hand van de in het geding zijnde belangen. Als uitgangspunt heeft te gelden dat de in de wet omschreven voorzieningen (naar hun aard) noodzakelijk zijn om verzoeker in staat te stellen in het minnelijke traject tot overeenstemming te komen met zijn schuldeisers. Ook mag ervan worden uitgegaan dat de schuldenaar de intentie heeft tot een schuldregeling te komen. Indien er voldoende concrete aanwijzingen zijn dat die beide uitgangspunten niet gelden (dat wil zeggen dat genoemde noodzaak en/of intentie ontbreekt/ontbreken), wordt het verzoek afgewezen.

Als aan deze uitgangspunten (verzoeker heeft de intentie om tot een minnelijke regeling met zijn schuldeisers te komen en de gevraagde voorziening is noodzakelijk voor het kunnen doorlopen van het minnelijke traject) is voldaan, geldt dat alleen zwaarwegende belangen van schuldeisers (bij afwijzing van het verzoek) tot afwijzing van het 287b-verzoek kunnen leiden. Hierbij moet bedacht worden dat de voorzieningen slechts worden gegeven onder de voorwaarde dat lopende verplichtingen worden voldaan alsook dat aannemelijk is dat

dat zal gebeuren.¹⁰² Van bedoelde zwaarwegende belangen van de schuldeiser is bijvoorbeeld sprake als de schuldeiser gedurende een lange periode, van in beginsel meer dan een jaar, wordt geconfronteerd met een schuldenaar die zijn (contractuele) verplichtingen niet nakomt en hoge kosten heeft gemaakt om tot een einde van die contractuele relatie te komen.

4.6 Het vonnis – de voorzieningen

Een 287b-voorziening kan slechts worden gegeven indien sprake is van de in art. 287b lid 2 gedefinieerde bedreigende situatie. Die bedreigende situatie betreft gedwongen woningontruiming, beëindiging van de levering van gas, elektra (bedoeld wordt elektriciteit) of water of opzegging dan wel ontbinding van een zorgverzekering. De voorziening strekt tot het van toepassing verklaren van de art. 304 of 305 dan wel tot het verbod tot het opzeggen of ontbinden van de zorgverzekering (art. 287b lid 4). Voor de inhoud van de voorziening zijn de art. 304 en 305 dus bepalend.

Art. 304 houdt in (i) dat een leverancier van gas, water en/of elektriciteit of verwarming de levering daarvan niet kan opschorten wegens schulden die zijn ontstaan vóór toepassing van de schuldsaneringsregeling en (ii) dat een wanprestatie voor die datum geen grond voor ontbinding van die overeenkomst oplevert. Ten slotte is in art. 304 bepaald dat een beroep op een contractuele bepaling (algemene voorwaarde) dat toelating tot de schuldsaneringsregeling als zodanig grond is voor ontbinding van de overeenkomst alleen met toestemming van de bewindvoerder is toegelaten.¹⁰³

Toepassing van deze bepaling op een voorziening ex art. 287b betekent dat de levering van gas, water en elektriciteit niet kan worden opgeschort, (logischerwijs) niet kan worden beëindigd en dat de overeenkomst niet kan worden ontbonden op grond van een eerdere wanbetaling.

Art. 305 lid 2 bepaalt dat een voor de toelating tot de schuldsaneringsregeling ontstane tekortkoming van de schuldenaar in de nakoming van financiële verplichtingen (nader: huurachterstand) inzake een huurovereenkomst met betrekking tot diens woonruimte na die toelating geen grond oplevert voor opzegging of ontbinding van die huurovereenkomst. Art. 305 lid 2 bepaalt voorts dat tenuitvoerlegging van een vonnis tot ontruiming van woonruimte wegens een financiële tekortkoming (in beginsel gaat het dan om huurachterstand) dat is gewezen vóór de toelating tot schuldsaneringsregeling tijdens de looptijd van deze regeling wordt opgeschort en dat de huurovereenkomst voor de duur van de schuldsaneringsregeling wordt verlengd.

Een voorziening die strekt tot het van toepassing verklaren van art. 305 houdt daarom in dat een huurovereenkomst wegens huurachterstand geen grond voor

¹⁰² De na de beslissing op het verzoek opeisbare verplichtingen uit de ten tijde van die beslissing bestaande huurovereenkomst ter zake waarvan een voorziening wordt getroffen

¹⁰³ Zie verder Wessels Insolventierecht IX 2012/9148.

opzegging of ontbinding oplevert en dat een ontruimingsvonnis betreffende woonruimte niet ten uitvoer kan worden gelegd.¹⁰⁴

4.6.1 *Schorsing executie ontruimingsvonnis huurwoning*

Voorzieningen (ex art. 287b) die een verbod tot opzegging of ontbinding van een huurovereenkomst (van woonruimte) inhouden komen in de jurisprudentie niet voor. De meest gevraagde voorziening betreft het stopzetten van de ontruiming van een huurwoning.¹⁰⁵ Op deze voorziening is art. 305 van toepassing. Dit roept een drietal vragen op.

De eerste vraag is of de rechter een voorziening kan geven als de huurovereenkomst is ontbonden en de ontruiming op die beslissing is gebaseerd. De Rechtbank Assen oordeelde dat een verzoek ex art. 287b dan niet kan worden toegewezen omdat er geen huurovereenkomst meer is.¹⁰⁶ De Rechtbank Amsterdam oordeelde dat het in strijd is met de strekking van art. 287b en daarmee niet te verenigen om een 287b-verzoek op die grond af te wijzen.¹⁰⁷ Hoewel de Rechtbank Assen formeel gezien het gelijk aan haar zijde heeft, blijkt uit de ontstaansgeschiedenis van art. 305 dat de wetgever met deze bepaling de mogelijkheid heeft willen scheppen om een woningontruiming tijdens een minnelijk traject stop te zetten, ongeacht de status van de huurovereenkomst.¹⁰⁸ Dat de wetgever hiervan uitging, blijkt uit de memorie van toelichting bij deze bepaling: ‘De wet verhindert niet dan (dat – Engberts) een vonnis tot ontruiming ten uitvoer gelegd wordt wanneer de huurovereenkomst reeds vóór de uitspraak tot toepassing van de schuldsaneringsregeling is beëindigd en er een vonnis tot ontruiming ligt. Een ontruiming aan het begin van de schuldsaneringsregeling geeft de schuldenaar echter een moeizame start en doorgaans extra onkosten. (...) Daarom wordt de executie van het ontruimingsvonnis opgeschort. (...) De huurovereenkomst wordt voor de duur van de schuldsaneringsregeling verlengd. Deze verlenging sluit aan bij artikel 7:230 van het Burgerlijk Wetboek, dat het mogelijk maakt om ondanks ontbinding van de huurovereenkomst, het gebruik van de woning voort te zetten, zij het dat het daar gaat om voortzetting met goedvinden van de verhuurder. (...) Aangezien beëindiging en ontruiming samenvallen (artikel 7:273 lid 3 BW), is ook de grond aan de beëindiging van de huurovereenkomst ontvallen. Gevolg daarvan is dat de huurovereenkomst na het einde van de schuldsanering blijft doorlopen.’¹⁰⁹

De minister wijst er terecht op dat een ontbonden huurovereenkomst op grond van art. 7:230 BW geacht wordt voor onbepaalde tijd te zijn verlengd als de huurder, met goedvinden van de verhuurder, het gebruik van het gehuurde

¹⁰⁴ Ontbinding van een huurovereenkomst (betreffende woonruimte) kan op grond van art. 7:231 BW slechts door de rechter worden uitgesproken. Een daartoe strekkend verbod ex art. 287b richt zich dan tot die rechter. Opzegging van een huurovereenkomst van woonruimte door de verhuurder wegens huurachterstand sorteert geen effect indien de huurder niet met die opzegging instemt. Dit is de kerngedachte van huurbescherming bij huur van woonruimte.

¹⁰⁵

¹⁰⁶ Rb. Assen 14 april 2008, *LJN* BD0601.

¹⁰⁷ Rb. Amsterdam 20 augustus 2008, *LJN* BG4436.

¹⁰⁸ Idem Noordam 2012/2013, p. 959.

¹⁰⁹ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 942, nr. 3, p. 25 en 26.

behoudt.¹¹⁰ Dit geldt niet als van een andere bedoeling blijkt. Het komt heel vaak voor dat een huurder na een vonnis waarbij de huurovereenkomst is ontbonden en de huurder is veroordeeld het gehuurde te ontruimen, een betalingsregeling voor zijn (huur)schuld treft en dan in de woning mag blijven. Op zeker moment verspeelt de verhuurder dan zijn recht het vonnis alsnog te executeren en de woning te ontruimen.¹¹¹ In de praktijk komt maar een klein deel van de huurders die van de rechter uit huis mogen worden gezet, daadwerkelijk op straat te staan.

De tweede vraag is of de voorziening ex art. 287b vervalt zodra de huurder zijn lopende verplichtingen niet nakomt. Art. 305 lid 2, tweede volzin, bepaalt dat de tenuitvoerlegging van een ontruimingsvonnis wordt opgeschort, mits de lopende huur wordt betaald.¹¹² Het ligt daarom voor de hand dat de opschorting op grond van de voorziening ex art. 287b vervalt, zodra de lopende huur niet wordt betaald.¹¹³ Ook in Richtlijn 1.5 van de Recofarichtlijnen 2009 is bepaald dat de voorlopige voorziening slechts geldt indien en zolang de schuldenaar de lopende verplichtingen uit de rechtsverhouding waarop de voorziening betrekking heeft, nakomt. De jurisprudentie neemt dit vrijwel steeds tot uitgangspunt. Als de lopende huur niet wordt betaald, kan de verhuurder grijpen naar het oorspronkelijke ontruimingsvonnis en tot tenuitvoerlegging daarvan overgaan. Het is mij niet bekend wat de executerende deurwaarder doet als er discussie is over de vraag of en zo ja, in hoeverre sprake is van nieuwe wanbetaling door de huurder.

De verhuurder kan bij (hernieuwde) wanbetaling de huurovereenkomst – zonder tussenkomst van de rechter – ook opzeggen. Dit is in lid 3 van art. 305 bepaald.¹¹⁴ Daarmee heeft hij nog geen ‘titel’ om tot ontruiming over te gaan. Een opzegging levert immers geen executoriale titel op (zie art. 555 Rv e.v.). De Rechtbank 's-Gravenhage stelde bij de voorziening ex art. 287b als voorwaarde dat ook de al bestaande huurachterstand voor een bepaalde datum moest zijn voldaan.¹¹⁵ Dat lijkt in strijd met de strekking en doelstelling van art. 287b. Het is immers aan de schuldhulpverlenende instantie om een overzicht te maken van de schulden en te komen tot een passend aanbod aan de schuldeisers. Met deze voorwaarde wordt dit doorkruist en wordt in het kader van de voorlopige voorziening bepaald dat deze schuldeiser volledig voldaan moet worden. In dit verband komt de vraag aan de orde of ook de huur over de ten tijde van de uitspraak op het 287b-verzoek lopende maand moet worden voldaan. Uitgangspunt in de jurisprudentie lijkt te zijn dat de voorziening wordt gegeven onder de voorwaarde dat de huur weer met ingang van de op de uitspraak volgende maand moet worden voldaan.¹¹⁶

Ten derde is de vraag of een voorziening kan worden verkregen als sprake is van een ontruimingsvonnis wegens een niet-financiële tekortkoming. Art. 305

110 Mogelijk doet Rb. Utrecht hierop waar zij de huurovereenkomst verlengde zoals die ‘bestaat of bestond’, zie onder meer 28 maart 2011, *LJN* BQ0685 en 13 september 2011, *LJN* BT2590.

111 Zie bijvoorbeeld Rb. 's-Hertogenbosch 16 maart 2011, *LJN* BP8058, Hof 's-Hertogenbosch 5 februari 2013, *LJN* BZ0899 en Van der Hoeden, ‘Een kritische beschouwing rond de gedwongen ontruiming’, *PP* 2009-6, p. 188.

112 Zie Rb. Rotterdam 7 januari 2009, *LJN* BH1641.

113 Zie tevens Boudewijn 2008, p. 113.

114 Zie Rb. Amsterdam 12 april 2012, *LJN* BW8891 waarin werd geoordeeld dat de huurbescherming in dit geval niet geldt.

115 Rb. 's-Gravenhage 9 juni 2009, *LJN* BJ3246.

116 Anders Rb. Arnhem 3 december 2010, *LJN* BO7899: de huur over de lopende maand december moest eveneens worden voldaan.

lid 2 ziet alleen op financiële verplichtingen die niet worden nagekomen. Tegen een ontruimingsvonnis wegens bijvoorbeeld overlast of het kweken, bewerken of bezitten van hennep of andere drugs biedt art. 305 geen bescherming. Zie uitdrukkelijk de memorie van toelichting bij art. 305: 'Ontruimingen wegens andere dan financiële redenen, zoals overlast of vernieling, zijn wel uitvoerbaar ondanks toepassing van de schuldsaneringsregeling. Deze ontruimingen staan los van de schuldsaneringsregeling, die immers enkel betrekking heeft op de financiële positie van de schuldenaar.'¹¹⁷ In die zin oordeelden de Rechtbanken Haarlem en Rotterdam in gevallen waarin sprake was van overlast.¹¹⁸ Overigens was in de uitspraak van de Rechtbank Haarlem sprake van een zogeheten gebruiksovereenkomst en niet van een huurovereenkomst.¹¹⁹

De Rechtbank Haarlem heeft terecht geoordeeld dat de voorziening van art. 287b niet is bedoeld voor een situatie waarin een executieveiling door een hypotheekhouder is ingezet.¹²⁰ Dit volgt reeds uit het feit dat deze schuldeiser in een schuldsaneringsregeling het recht van parate executie heeft.

4.6.2 *Schorsing executie vonnis tot afsluiting van nutsvoorziening*

De mogelijkheden voor zowel de netbeheerder als de leverancier (gezamenlijk: netleverancier) om de levering van elektriciteit of gas te beëindigen zijn beperkt in de Regeling Elektriciteit en Gas.¹²¹ Een soortgelijke regeling geldt voor de levering van drinkwater (Regeling Water) en warmte (de Warmteregeling).¹²² Op grond van deze regelingen bestaat onder bepaalde omstandigheden zelfs recht op heraansluiting.

De voorziening van art. 287b strekt tot het van toepassing verklaren van art. 304. Dit betekent dat de levering van gas, water en elektriciteit niet kan worden opgeschort, niet kan worden beëindigd en dat de overeenkomst niet kan worden ontbonden op grond van wanbetaling van voor (de uitspraak op) het verzoek. De overeenkomst met de nutsleverancier zal in het geval van een dreigende afsluiting door de rechter zijn ontbonden. Opschorting door een leverancier van een nutsvoorziening (op grond van art. 6:52 BW) komt in de praktijk bij mijn weten niet voor. Mogelijk wordt dit verklaard door het gegeven dat opschorting geëffectueerd moet worden. Ofwel de netbeheerder met medewerking van de afnemer tot afsluiting in de woning/het bedrijf overgaat (welke medewerking niet snel gegeven zal worden). Ofwel door middel van graafwerkzaamheden op de openbare weg tot afsluiting van toevoer van gas, elektriciteit of water wordt overgegaan hetgeen een (relatief) kostbare operatie is. Uit de bedoeling van de wetgever moet, evenals bij art. 305, worden afgeleid dat art. 304 bewerkstelligt dat de levering ook niet kan worden opgeschort of beëindigd als de overeenkomst met de leverancier is ontbonden. Uit de wetsgeschiedenis van art. 304 blijkt namelijk dat levering van de essentiële

¹¹⁷ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 942, nr. 3, p. 26.

¹¹⁸ Rb. Haarlem 27 juli 2010, *LJN* BN2709 en Rb. Rotterdam 4 maart 2014, *ECLI:NL:RBROT:2014:2544*.

¹¹⁹ Kortheidshalve wordt verwezen naar par. 4.6.1 waar deze uitspraak is besproken.

¹²⁰ Rb. Haarlem 10 november 2010, *LJN* BO456.

¹²¹ Stcrt. 1 december 2006, nr. 235, p. 8, nadien gewijzigd, Stcrt. 26 februari 2007, nr. 47 p. 10, Stcrt. 25 oktober 2007, nr. 207, p. 8 en Stcrt. 28 juni 2011, nr. 11579.

¹²² Stcrt. 20 april 2012, nr. 7964 en Stcrt. 13 september 2013, nr. 25449.

voorzieningen zoals water, gas en elektriciteit tijdens de schuldsaneringsregeling in beginsel hoort door te gaan.¹²³ In die zin oordeelde – niet expliciet – bijvoorbeeld de Rechtbank Zwolle-Lelystad.¹²⁴ De rechtbank gaf deze voorziening onder de voorwaarde van betaling van de lopende verplichtingen zodat bij wanbetaling op het eerdere vonnis kon worden teruggegrepen. Dat is bij deze voorziening wel noodzakelijk. In art. 304 is immers niet bepaald dat het in lid 1 genoemde verbod de levering op te schorten afhankelijk is van de betaling van de lopende verplichtingen.

Art. 287b vermeldt alleen het beëindigen van de levering van gas, water en/of elektriciteit. Het beëindigen van de levering van stadswarmte (verwarming) wordt niet vermeld. In art. 304 wordt de overeenkomst tot levering van verwarming wel genoemd. Aangenomen moet worden dat dit door de wetgever over het hoofd is gezien.¹²⁵

Dit alles roept de vraag op of een bevel tot heraansluiting van een nutsvoorziening kan worden gegeven? De Rechtbank Rotterdam wees een dergelijk verzoek in 2008 af.¹²⁶ De rechtbank oordeelde dat er geen rechtsverhouding meer bestond tussen partijen en dat zij partijen niet meer kon binden. De rechtbank wees er daarbij op dat er meer aanbieders op de energiemarkt zijn.

Met de komst van de nieuwe regelingen inzake het afsluitbeleid voor kleinverbruikers van elektriciteit, gas en water is twijfelachtig of bovengenoemd uitgangspunt nog juist is. In die regelingen is de mogelijkheid tot heraansluiting opgenomen. Er is inmiddels één niet gepubliceerde uitspraak, uit 2013, van de Rechtbank Noord-Nederland bekend waarin een nutsleverancier (Vitens) inderdaad op een verzoek ex art. 287 lid 4 een bevel tot heraansluiting wordt gegeven.¹²⁷

In bedoelde uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland werd tevens beslist dat de schuldenaar niet op voorhand heraansluitingskosten hoefde te betalen. De voorziening van art. 287 lid 4 wordt gegeven tegen de achtergrond van een te verwachten toelating tot de schuldsaneringsregeling. In een schuldsaneringsregeling worden afgebroken nutsvoorzieningen zonder aansluitkosten hersteld. Bij een 287b-verzoek is dat niet het geval. De schuldenaar is dan voornemens een minnelijk traject voort te zetten of op te starten. Toelating tot de wettelijke schuldsaneringsregeling is niet aan de orde. Om die reden lijkt mij, anders dan bij art. 287 lid 4, dat de schuldenaar in beginsel wel heraansluitingskosten zal moeten betalen. Wel kan worden bepaald dat deze kosten niet voorafgaand aan heraansluiting hoeven te worden voldaan.

4.6.3 *Verbod tot het opzeggen of ontbinden van de zorgverzekering*

Met de wijziging van de Zorgverzekeringswet per 1 september 2009 leidt het niet-betalen van de zorgpremie niet meer tot opzegging of ontbinding van de

¹²³ MvT *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 47.

¹²⁴ Rb. Zwolle-Lelystad 2 juni 2008, *TvS* 2008, 253.

¹²⁵ Vgl. Rb. Haarlem 18 maart 2008, *LJN* BC7406. Zie voorts *Kamerstukken II* 2009/10, 32 292, nr. 7. In art. 4 van het wetsvoorstel betreffen invoering van de Wet Gemeentelijke schuldhelpverlening eenzelfde definitie gegeven voor bedreigende situatie. In deze nota van wijziging wordt dreigende afsluiting van stadsverwarming aan die definitie toegevoegd.

¹²⁶ Rb. Rotterdam 20 mei 2008, *FT*08.333, *TvS* 2008, 254.

¹²⁷ Rb. Noord-Nederland 19 april 2013, *RK*13.376 (niet gepubliceerd). Deze uitspraak is reeds besproken in par. 3.6.3.

zorgverzekering, maar tot de verplichting een publiekrechtelijke premie te betalen aan het College voor zorgverzekeringen, thans Zorginstituut Nederland.¹²⁸ Een en ander geldt alleen voor de zogeheten basisverzekering. Art. 287b spreekt van ‘de zorgverzekering’. Het lijkt hier te gaan om de zogeheten basisverzekering maar een andere uitleg is verdedigbaar. Er zijn geen uitspraken bekend waarin bij een aanvullende zorgverzekering om een voorziening werd gevraagd. Het is wel bekend dat opzegging van de aanvullende zorgverzekeringsovereenkomst in de praktijk tot problemen kan leiden omdat daardoor risico’s worden gelopen die de schuldenaar niet kan dragen.¹²⁹ Met de verwachte verdere beperking van de dekking van de basisverzekering zal het belang van de aanvullende zorgverzekering alleen maar toenemen. Verdedigbaar is dat ‘de zorgverzekering’ in art. 287b lid 2 mede de aanvullende verzekering kan omvatten, met dien verstande dat opzegging of ontbinding van die aanvullende verzekering niet zonder meer een bedreigende situatie in de zin van art. 287b lid 1 hoeft op te leveren. Die bedreigende situatie zal uit bijzondere bijkomende omstandigheden moeten blijken.

4.6.4 De duur van de voorziening

De voorziening duurt maximaal zes maanden, zie art. 287b lid 5. In de Recofarichtlijnen is vermeld (richtlijn 1.5) dat bij toewijzing van een 287b-verzoek wordt vermeld dat intrekking van het Wsnp-verzoek tot verval van het moratorium leidt. In de praktijk nemen de rechters deze bepaling doorgaans op in hun (toewijzende) beslissingen met de toevoeging dat de voorziening eveneens vervalt indien een beslissing op het Wsnp-verzoek in kracht van gewijsde is gegaan.

Als de voorziening voor een kortere termijn dan zes maanden is gegeven, kan deze tot zes maanden worden verlengd. De Rechtbank Utrecht verleende de voorziening in een twijfelgeval voor de duur van twee maanden met de bepaling dat verhuurder of haar deurwaarder de rechtbank zou berichten of de lopende huurtermijnen waren voldaan. Als dat zou blijken zou de voorziening verlengd worden met vier maanden (totaal zes maanden).¹³⁰

De maximumtermijn kan te kort zijn als bijvoorbeeld het minnelijke traject lang(er) duurt of als niet binnen deze termijn onherroepelijk op het Wsnp-verzoek is beslist. Een verlenging van de termijn van zes maanden lijkt niet mogelijk. Wel zou na het verstrijken van de 287b-termijn een verzoek ex art. 287 lid 4 kunnen worden ingediend.¹³¹

Voor een geval van het aanvragen van een tweede moratorium nadat een eerdere voorlopige voorziening was verstreken wordt verwezen naar een uitspraak van de Rechtbank Groningen van 6 juli 2010.¹³² Dit betrof niet zozeer een verlenging als wel de situatie dat de schuldenaar na afloop van een eerder

¹²⁸ Stb. 2009, 35.

¹²⁹ R. Wolfs, ‘De zorgverzekering en de schuldsaneringsregeling’, *WP* 2011/01, p. 16 e.v.

¹³⁰ Rb. Utrecht 9 december 2011, *LJN* BU8308

¹³¹ Zie Hof Arnhem 9 november 2010, *LJN* BO4337, waaruit blijkt dat een verzoek tot verlenging telefonisch door de rechtbank was geweigerd.

¹³² Rb. Groningen 6 juli 2010, *LJN* BN6296. Zie over deze uitspraak H.D.L.M. Schruer, ‘Observaties van Observatrix’, *TvS*, 2010/6, p. 3.

moratorium (eindigend op 11 mei 2009) niet-ontvankelijk werd verklaard in zijn Wsnp-verzoek en verhuisde. De nieuwe huurder zegde een ontruiming aan en ongeveer een jaar later werd voor de tweede keer een moratorium aangevraagd. De rechtbank wees het verzoek af omdat verzoekers tijdens het eerste ‘moratorium’ geen aantoonbare inspanningen hadden verricht tot een vergelijk met hun schuldeisers te komen en niet was gebleken dat zij andere stappen hadden genomen om hun schuldenproblematiek op te lossen. Het verzoek werd dus op inhoudelijke gronden afgewezen.

Ik acht dit een juiste beslissing. Als uitgangspunt heeft mijns inziens te gelden dat slechts éénmaal (maximaal zes maanden) inbreuk op de rechten van schuldeisers kan worden gemaakt teneinde een minnelijke regeling een kans van slagen te geven. Tegen die achtergrond mogen aan een tweede 287b-verzoek hoge eisen worden gesteld. In het algemeen zal gelden dat enige tijd moet zijn verstreken na het einde van het (vorige) moratorium. Uiteindelijk gaat het erom dat verzoeker aannemelijk moeten maken dat hij zich tijdens de duur van de eerder gegeven voorzieningen voldoende heeft ingespannen voor het tot stand komen van een schuldregeling en dat er gewijzigde omstandigheden zijn op grond waarvan geoordeeld kan worden dat een minnelijke regeling nu wel (relevante) kans van slagen heeft.

Uit de aard en strekking van art. 287b moet worden afgeleid – dit is niet uitdrukkelijk bepaald – dat de behandeling van het Wsnp-verzoek bij het uitspreken van het moratorium wordt aangehouden. Als het Wsnp-verzoek en/of het 287a-verzoek wordt afgewezen dan wel niet wordt gehandhaafd (ingetrokken), ontvalt de grond voor een eventueel eerder gegeven 287b-voorziening. Verdedigbaar is dat de voorziening, voorzover de looptijd nog niet is verstreken, dan van rechtswege vervalt. Dit is echter noch bepaald in art. 287b noch anderszins geregeld. In de jurisprudentie wordt regelmatig bepaald dat de voorlopige voorziening vervalt op het moment dat het Wsnp-verzoek wordt ingetrokken dan wel de beslissing daarop in kracht van gewijsde is gegaan. Dit zou in de wet geregeld moeten worden.

Aangezien afwijzing of intrekking van het Wsnp-verzoek en/of 287-verzoek niet bekend hoeft te zijn bij de betrokken schuldeiser(s) zou tevens geregeld moeten worden dat de betrokken schuldeiser daarover wordt geïnformeerd door de schuldenaar/verzoeker.

4.7 Verhouding tot een bodemprocedure

Bij art. 287b-verzoeken is geen sprake van een bodemprocedure. Er moet weliswaar een Wsnp-verzoek worden ingediend, maar dit kan niet compleet zijn (art. 285 lid 1 onder f ontbreekt in elk geval). Strekking van art. 287b is bovendien een minnelijke schuldregeling (beter) mogelijk te maken. Een procedure tot toelating tot de schuldsaneringsregeling is daarom (nog) niet aan de orde.

4.8 Rechtsmiddelen

Niet is bepaald dat hoger beroep tegen een beslissing op een 287b-verzoek mogelijk is. In de zaak die leidde tot het arrest van het Hof Amsterdam van 25 februari 2008 had de verzoeker hoger beroep ingesteld tegen de afwijzing van het 287b-verzoek. Hij stelde dat sprake was van een omissie die door het hof moest worden hersteld. Het hof ging daar niet in mee en verklaarde verzoekster niet-ontvankelijk.¹³³

Het is merkwaardig dat de wet geen rechtsmiddel openstelt van een beslissing op een 287b-verzoek. Van een beslissing ex art. 287 lid 4 kan immers wel hoger beroep worden ingesteld, terwijl de duur van die – soortgelijke – voorziening in beginsel korter en in die zin minder ingrijpend is. Wie de parlementaire geschiedenis bestudeert kan zich niet aan de indruk onttrekken dat dit aspect over het hoofd is gezien. In de brief (van 26 oktober 2006) waarin de minister reageert op het amendement strekkende tot invoering van art. 287b, noemt hij terloops de mogelijkheid van het instellen van hoger beroep, maar niet in de opsomming van de zaken die niet geregeld waren.¹³⁴ In dit verband zij erop gewezen dat de mogelijkheid van hoger beroep tegen een voorlopige voorziening ex art. 287 lid 4 pas na vragen hierover door de Raad van State in het wetsvoorstel werd opgenomen. Blijkbaar stond de mogelijkheid van hoger beroep niet bij de wetgever op het netvlies.¹³⁵

Indien hoger beroep niet open staat, is sprake van een zogeheten appelverbod. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad kan een appelverbod worden doorbroken indien de vorige rechter buiten het toepassingsgebied van het artikel is getreden of het artikel ten onrechte heeft toegepast, dan wel bij de behandeling van de zaak fundamentele rechtsbeginselen heeft verzuimd.¹³⁶ Van verzuim van essentiële vormen dat het appelverbod opzij kan zetten, is sprake indien een zo fundamenteel rechtsbeginsel is geschonden dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken. Hierover bestaat ten aanzien van art. 287b geen jurisprudentie.

4.9 Het toepassingsgebied van art. 287b

4.9.1 Een voorziening ex art. 287b tijdens het stabilisatietraject?

Uit de totstandkomingsgeschiedenis blijkt dat de voorlopige voorzieningen van art. 287b worden gevraagd (en gegeven) ten behoeve van het minnelijke traject

¹³³ Hof Amsterdam 25 februari 2008, *LJN* BC8437.

¹³⁴ Brief van de minister, *Kamerstukken II* 2006/07, 22 942, nr. 33: 'Het amendement regelt in feite een voorportaal van de wettelijke schuldsaneringsregeling: oplegging van beperkingen aan alle crediteuren wegens (dreigende) insolventie van de schuldenaar. Dergelijke collectieve beperkingen dienen gepaard te gaan met waarborgen. De Faillissementswet kent een groot aantal van dergelijke waarborgen. Genoemd kunnen worden: rechterlijke beoordeling van de betalingsonmacht van de schuldenaar en diens goede trouw, publicatie van de uitspraak in de Staatscourant en het schuldsaneringsregister, de mogelijkheid van hoger beroep door belanghebbenden, wettelijk toezicht op de schuldenaar, beschikkingsonbevoegdheid van de schuldenaar enz.'

¹³⁵ Indien titel 3 van toepassing is op de procedure van art. 287b zou wel hoger beroep open staan. Hierop wordt nader ingegaan in hoofdstuk .

¹³⁶ HR 29 maart 1985, *NJ* 1986/242, m.nt. WHH en LWH.

waarin gepoogd wordt een minnelijke regeling met de schuldeisers te treffen. Daarnaast zal, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis, tijdens het moratorium de goede trouw van de schuldenaar meer gefundeerd kunnen blijken. Sinds enkele jaren wordt het minnelijke traject voorafgegaan door een zogeheten stabilisatietraject. In dat traject wordt de betaling van de vaste lasten geregeld en zeker gesteld. Het gaat om de betalingen van de huur, energie en zorgverzekeringspremie. De schuldenaar krijgt tevens hulp in de vorm van budgetcoaching en/of maatschappelijk werk. Pas daarna wordt gewerkt aan een regeling voor de bestaande schulden.

De Rechtbank 's-Hertogenbosch oordeelde dat het moratorium niet is bedoeld ten behoeve van dit stabilisatietraject.¹³⁷ Lankhorst stemt daarmee in omdat het moratorium anders een automatisch uitstel wordt in plaats van een gerichte ondersteuning van een minnelijke schuldregeling.¹³⁸ In gelijke zin oordeelde de Rechtbank 's-Gravenhage.¹³⁹ In deze zaak was de schuldhulpverlenende instantie nog bezig de boekhouding af te ronden en daarom was geen schuldregelingstraject gestart. De rechtbank oordeelde dat verzoeker eerst een begin met het minnelijke traject dient te maken door, na inventarisatie van de schulden, een voorstel voor een schuldregeling op te stellen en aan de schuldeisers aan te bieden. Een zelfde oordeel valt te lezen in een uitspraak van de Rechtbank Utrecht van 13 september 2011.¹⁴⁰ De rechtbank overwoog daarin dat ter zitting door de schuldhulpverlener was medegedeeld dat nog die middag een aanbod van verzoekster aan de schuldeisers zou kunnen worden gedaan. Vervolgens overwoog zij: 'De rechtbank is echter van oordeel dat – ook al heeft verzoekster zich op 17 augustus 2011 aangemeld voor schulphulpverlening – thans voldoende sprake is van een gestart schuldregelingstraject.' Deze rechtbank is dus van oordeel dat sprake moet zijn van een daadwerkelijk gestart schuldregelingstraject.

Ik meen dat een 287b-verzoek eveneens toewijsbaar kan zijn als slechts nog sprake is van stabilisatie van de problematische schulden. Een woningontruiming of afsluiting in het stabilisatietraject zal het daaropvolgende minnelijke traject immers in hoge mate frustreren. Aangezien verzoekers zich vaak zeer kort tevoren bij een schuldhulpverlener hebben gemeld, juist wegens de aangezegde ontruiming of afsluiting van energie, zal dat minnelijke traject nog niet zijn opgestart en zal eerst een inventarisatie, bijvoorbeeld in de vorm van voornoemd stabilisatietraject, moeten plaatsvinden.¹⁴¹ Dat een schuldenaar, door zich zo laat tot een schuldhulpverlener te wenden, in feite de (vrijwel overal bestaande) wachtlijsten omzeilt, doet er niet aan af dat de voorlopige voorziening noodzakelijk is voor het, na inventarisatie te starten minnelijke traject. Ook in deze situatie geldt dat de verwachting moet bestaan dat schuldenaar lopende verplichtingen kan en zal voldoen.¹⁴²

Ik roep in dit verband nog in herinnering dat het moratorium van art. 287b ook gevraagd kan worden om de goede trouw meer gefundeerd te kunnen laten

137 Rb. 's-Hertogenbosch 8 april 2008, *LJN* BC9694, *TvS* 2009, 277.

138 Zie zijn noot in *TvS*, in vorige noot genoemd.

139 Rb. 's-Gravenhage 28 juni 2010, *LJN* BM9825.

140 Rb. Utrecht 13 september 2011, *LJN* BT2590. Zie voorts Rb. Midden-Nederland 27 februari 2014, *ECLI:NL:RBMNE:2014:941*, *TvS* 2014, 408.

141 Zie bijvoorbeeld Rb. Arnhem 17 januari 2011, *LJN* BP1045, *TvS* 2011, 331.

142 In die zin Rb. Rotterdam 31 oktober 2014, *ECLI:NL:RBROT:2014:9021*.

blijken.¹⁴³ De 287b-voorzieningen hebben derhalve, hoewel de wetsgeschiedenis op dit punt duister is, niet uitsluitend het bereiken van een minnelijke regeling met de schuldeisers op het oog.

4.9.2 Een 287b-verzoek in combinatie met een ander verzoek

De combinatie van een 287b-verzoek met een 287 lid 4 verzoek is besproken in par. 3.9.3. In de jurisprudentie en literatuur zijn geen andere combinaties of samenlopen van verzoeken aangetroffen. Overeenkomstig het in het KEI-wetsvoorstel opgenomen art. 30b Rv (nieuw) kan een verzoek met een vordering worden gecombineerd. Vooralsnog lijkt een dergelijke combinatie niet aantrekkelijk. In dat geval zal immers griffierecht betaald moeten worden en mogelijk is dan sprake van verplichte procesvertegenwoordiging. Nader onderzoek naar de voor- en nadelen van het combineren van verzoeken met een 287b-verzoek is gewenst.

4.10 Het functioneren en bestaansrecht van art. 287b

4.10.1 Literatuur en praktijk

In de literatuur zijn vooral over art. 287b kritische geluiden te horen. Noordam betwijfelt of toepassing van deze bepaling voldoende zal zijn voor het tot stand brengen van een minnelijke schuldregeling.¹⁴⁴ Lankhorst vreest dat art. 287b fungeert als uitstelmachine zonder dat dit uitstel daadwerkelijk wordt benut om een schikking dichterbij te brengen en dat het maar de vraag is of het moratorium meer schuldeisers zal bewegen in te stemmen met een minnelijke regeling.¹⁴⁵ Het moratorium verandert volgens Jungmann en Schruer niets aan de redenen waarom crediteuren weigeren in te stemmen met een minnelijke schuldregeling.¹⁴⁶ Rutten en Den Hartog veronderstellen dat een schuldenaar – ook als deze niet saneringsrijp is – via een 287b-verzoek als het ware versneld toegang krijgt tot het minnelijke traject.¹⁴⁷ Wessels is positiever. De regeling kan volgens hem schuldeisers een extra stimulans geven de minnelijke schuldregeling te aanvaarden.¹⁴⁸

Er is geen onderzoek bekend naar de werking van art. 287b. In de praktijk blijkt wel met enige regelmaat dat schuldenaren zich kort voor een aangekondigde woningontuiming tot een schuldhulpverlenende instantie wenden die vervolgens een art. 287b-verzoek indient. Als dat wordt toegewezen dient het schuldhulpverleningstraject met spoed te worden aangepakt. Aldus worden de

¹⁴³ *Kamerstukken II* 2006/07 29 942 nr. 34 en *Kamerstukken I* 2006/07, 29 942, C, p. 5.

¹⁴⁴ Noordam 2008, p. 287.

¹⁴⁵ G. Lankhorst, noot onder Rb. 's-Gravenhage, 20 juli 2010, *LJN* BN2040, *TvS*, 2010, 320. Zie Rb. Rotterdam 16 maart 2011, *LJN* BP8359: na het verlenen van het verbod op ontruiming van de huurwoning was er zes maanden lang niets in het minnelijke traject gebeurd omdat het inkomen van schuldenaar niet op orde was en geen inkomensbeheer was gestart.

¹⁴⁶ Schruer & Jungmann, 'Wetswijziging Wsnp: een hoger slagingspercentage in het minnelijke traject vraagt vooral om inzet van de schuldhulpverlenende instanties', *TvS* 2008/1, p. 6.

¹⁴⁷ J. den Hartog & E. Rutten, 'Vernieuwing Wsnp per 1 januari 2008', *TvS* 2008/1, p. 10.

¹⁴⁸ Wessels Insolventierecht IX 2012/9066b.

veel voorkomende wachttijsten in het minnelijke traject omzeild. Uit de jurisprudentie blijkt voorts dat op (zeer) korte termijn op 287 lid 4-verzoeken wordt beslist.¹⁴⁹ De desbetreffende vrees van Noordam is aldus niet bewaarheid. Ook op art. 287b-verzoeken wordt blijkens de jurisprudentie op (zeer) korte termijn beslist.¹⁵⁰

Uit het stijgend aantal verzoeken op grond van deze bepalingen sinds 2008 kan – ondanks genoemde kritiek – worden afgeleid dat er behoefte bestaat aan de mogelijkheid van het treffen van een voorlopige voorziening.¹⁵¹ Anderzijds is voor wat betreft art. 287b duidelijk dat beslaglegging op loon en vermogen het minnelijke traject nog steeds kan bemoeilijken.¹⁵² Dat dit een probleem vormt, blijkt uit de discussie over de invoering van een breed wettelijk moratorium in dit minnelijke traject. Invoering van een breed moratorium is een grote wens van schuldhulpverleners. Inmiddels is een dergelijk moratorium opgenomen in de Wet gemeentelijke schuldhulpverlening (Wgs), en wel in art. 5 van die wet.¹⁵³ Art. 5 Wgs is echter nog niet in werking getreden. In hoofdstuk 6 wordt ingegaan op de verhouding tussen art. 287b en art. 5 Wgs.

4.10.2 *Bestaansrecht naast de kortgedingprocedure ex art. 254 Rv?*

Een andere vraag is of art. 287b naast in het burgerlijk procesrecht bestaande regelingen noodzakelijk is. De onderhavige voorlopige voorzieningen kunnen immers tevens bij de gewone voorzieningenrechter gevraagd worden (art. 254 Rv). Verschil met de kortgedingprocedure is dat art. 287b verzoekschriftprocedures betreft zodat het inleidende processtuk minder formeel is en eenvoudig op te stellen, dat geen sprake is van verplichte procesvertegenwoordiging (bij het kort geding bij de kantonrechter is dat tevens het geval) en dat geen griffierecht is verschuldigd.¹⁵⁴ De drempel voor het doen van 287b-verzoeken is aldus laag. Een ander voordeel is dat de verzoeken ex 287b door insolventierechters worden beoordeeld. Deze rechters zijn goed ingevoerd in de ‘ins en outs’ van de schuldsaneringsregeling terwijl zij bij de beoordeling van de verzoeken over een (volledig) Wsnp-verzoek beschikken. In kort geding geldt bijvoorbeeld dat de rechter slechts de staking van de tenuitvoerlegging van een ontruimingsvonnis kan bevelen, indien hij van oordeel is dat de executant, mede gelet op de belangen aan de zijde van de geëxecuteerde die door de ontruiming zullen worden geschaad, geen in redelijkheid te respecteren belang heeft bij gebruikmaking van zijn bevoegdheid om tot tenuitvoerlegging over te gaan.¹⁵⁵ De insolventierechter heeft op basis van de tekst van art. 287b en gegeven de noodzaak van het kunnen doorlopen van een minnelijk traject op dit punt meer

149 Meestal zelfs na enkele dagen, zie bijvoorbeeld Rb. Haarlem 27 juli 2010, *LJN* BN2790, Rb. Arnhem 23 mei 2011, *LJN* BR1674 en Rb. Breda 4 april 2011, *LJN* BQ1672.

150 Deze termijn is ongeveer een week, zie bijvoorbeeld Rb. 's-Hertogenbosch 8 april 2008, *LJN* BC9694, Rb. Arnhem 14 september 2010, *LJN* BN8489 en Rb. Haarlem, 27 juli 2010, *LJN* BN2790.

151 In die zin de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie in zijn brief d.d. 24 april 2014 aan de Eerste Kamer (kenmerk 497266, p. 5). Te vinden op www.rijksoverheid.nl.

152 B.J. Engberts, ‘Het wetsontwerp Wsnp’, *TvS* 2007/2, p. 4 en *Kamerstukken II* 29 942, C, p. 79. Vriesendorp wijst erop dat ook afsluiting van het internet of de kabel bedreigend kan zijn, Vriesendorp 2013, p. 340.

153 Kamerstukken 2010/11, 32 291, nr. 25, 36, 37 en 49.

154 Uitgangspunt hierbij is dat de op grond van art. 287 lid 4 te vragen voorzieningen niet bij de kantonrechter, als voorzieningenrechter rechtsprekend, gevraagd kunnen worden.

155 HR 22 april 1983, *NJ* 1984/145, m.nt. W.H. Heemskerk. Zie verder par. 2.4.3.

ruimte. Dankzij art. 287b lijkt een relatief sterk recht te ontstaan om in alle rust aan een minnelijke schuldregeling te werken, los van het ‘recht’ op een schuldsaneringsregeling.

4.10.3 De verhouding tussen de art. 287 lid 4 en 287b

Door de Tweede Kamer lijkt bij de introductie van art. 287b niet te zijn stilgestaan bij de reeds door de minister voorgestelde voorzieningen van art. 287 lid 4.¹⁵⁶ In de Eerste Kamer is de vraag gerezen welke de verhouding tussen beide bepalingen is. De minister heeft, min of meer achteraf, alsnog een onderscheid tussen de functies van beide bepalingen gemaakt. Kort samengevat is een voorziening ex art. 287b aan de orde indien sprake is van een nog niet afgerond minnelijk traject. Art. 287 lid 4 is van toepassing indien dit traject is afgerond en een procedure tot toelating tot de schuldsaneringsregeling is gestart.

Het is niet verwonderlijk dat de praktijk beide bepalingen regelmatig door elkaar haalt. Het is vaste jurisprudentie dat als een verzoek op de ene wetsoepaling is gebaseerd, maar op het andere moet worden gegrond, dit door de rechter als zodanig wordt geïnterpreteerd.¹⁵⁷ In wezen is hier sprake van aanvulling van de rechtsgrond in de zin van art. 25 Rv.¹⁵⁸ Het komt tevens voor dat ogenschijnlijk een verzoek ex art. 287 lid 4 wordt ingediend, maar dat bij nader onderzoek blijkt dat het minnelijke traject nog niet is afgerond.

Het naast elkaar bestaan van deze wetsoepalingen kan tot allerlei complicaties leiden. Dit blijkt uit een arrest van Hof Amsterdam van 25 februari 2008.¹⁵⁹ In die zaak had de rechtbank het verzoek als een 287 lid 4-verzoek opgevat, maar het hof oordeelde dat sprake was van een 287b-verzoek omdat nog geen Wsnp-verzoek was ingediend en de appellant zelf vroeg om het verzoek als zodanig op te vatten.

Het volgen van een 287 lid 4-verzoek op een 287b-verzoek kan ook op andere wijze tot complicaties leiden. Dit blijkt uit een uitspraak van Hof Leeuwarden van 7 oktober 2010.¹⁶⁰ Deze zaak ging om een dreigende ontruiming van een huurwoning. Verzoeker had eerst een verzoek ex art. 287b ingediend. Op 5 juli 2010 werd door de rechtbank direct – zonder mondelinge behandeling – een verbod op de ontruiming gegeven tot 20 juli 2010. Op die datum werd het verzoek ter zitting behandeld en bij vonnis van 3 augustus 2010 alsnog afgewezen. De rechtbank overwoog daarbij dat zij het Wsnp-verzoek als ingetrokken beschouwde als niet voor 17 augustus 2010 was bericht dat het werd gehandhaafd. Op 18 augustus 2010 werd een verzoek ex art. 287 lid 4 ingediend, opnieuw strekkende tot een verbod op de door de verhuurder voorgenomen ontruiming. Diezelfde dag nog werd dat verbod gegeven. Van

¹⁵⁶ Noordam 2008, p. 272.

¹⁵⁷ In deze zin bijvoorbeeld Rb. Arnhem 14 januari 2008, *LJN* BC2166, Rb. Rotterdam 4 maart 2008, *LJN* BC6113, Rb. Rotterdam 6 maart 2008, *LJN* BC6111, Rb. Dordrecht 9 mei 2008, *LJN* BD2343, Rb. Rotterdam 7 januari 2009, *LJN* BH1641 en Rb. Dordrecht 29 juni 2009, *LJN* BJ2420.

¹⁵⁸ Zie Wessels Insolventierecht IX 2012/9066e.

¹⁵⁹ Hof Amsterdam 25 februari 2008, *LJN* BC8437.

¹⁶⁰ Hof Leeuwarden 7 oktober 2010, *LJN* BO1463.

deze beschikking kwam de verhuurder in hoger beroep. Het hof overwoog dat bij een moratorium ex art. 287b het belang van de schuldenaar bij het treffen van een minnelijke regeling vooropstaat, tenzij dit in strijd is met het belang van de schuldeiser bij ontruiming wegens huurschulden. Bij de voorlopige voorziening ex art. 287 lid 4 staat het belang van de schuldenaar een zo groot mogelijke kans te hebben op het welslagen van de schuldsaneringsregeling voorop, tenzij dit in strijd is met het belang van de schuldeiser bij ontruiming wegens huurschulden. Volgens het hof is aldus geen sprake van een identieke belangenafweging. Hoewel in beide belangenafwegingen (grotendeels) dezelfde feiten en omstandigheden een rol spelen, is volgens het hof niet gegeven dat het resultaat van die belangenafweging ook hetzelfde is, aangezien het doel van de voorzieningen en het bij de beoordeling te hanteren criterium verschillend zijn. Naar het oordeel van het hof was er in dit geval daarom geen sprake van het opnieuw en op inhoudelijk dezelfde gronden verzoeken van een eerder geweigerde voorziening.

Het is de vraag of die enigszins verschillende belangenafwegingen tot verschillende uitkomsten leiden. In beide gevallen heeft verzoeker belang bij het behoud van zijn huurwoning. In het kader van art. 287b wil hij die graag behouden tijdens het treffen van een minnelijke regeling en bij een art. 287 lid 4-verzoek omdat hij meer kans wil hebben het wettelijke schuldsaneringstraject goed te doorlopen. Het gewicht van dat belang verschilt niet of nauwelijks. Wel kan de uitkomst verschillen in het geval toelating tot de schuldsaneringsregeling niet aannemelijk is. Bij een 287 lid 4-verzoek ontbreekt dan een (spoedeisend) belang aan de zijde van verzoeker. Bij de beoordeling van een 287b-verzoek speelt dit in de jurisprudentie – een uitzondering daargelaten – geen rol.

4.11 Conclusies en aanbevelingen

4.11.1 Inleiding

In hoofdstuk 1 zijn met betrekking tot art. 287b de volgende onderzoeksvragen gesteld:

- a. Binnen welk procedureel kader dient de procedure van art. 287b te worden gezien?
- b. Op welke wijze wordt art. 287b in de rechtspraak toegepast, tot welke procedurele problemen en onduidelijkheden geeft dit aanleiding en welke problemen doen zich voor in relatie tot het geschetste procedurele kader?
- c. Wat kunnen de voorlopige voorzieningenprocedures en andere regelingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bijdragen aan de verbetering en invulling van de (lacunair beschreven) procedure van art. 287b?
- b. Tot welke voorstellen voor verbetering en aanpassing van (de toepassing van) art. 287b kan het voorgaande leiden?

Het procedurele kader (vraag onder a), waaronder begrepen het insolventieprocesrecht, is in hoofdstuk 2 geschetst. In dit hoofdstuk zijn de vragen onder b en c beantwoord. Het in par. 2.5 onderzochte insolventieprocesrecht kenmerkt zich door de snelheid van de procedures en de beperkte toepasselijkheid van regels van bewijsrecht. Deze kenmerken zijn in het onderzoek naar de

rechtspraak over 287b-verzoeken terug te vinden. Uit de jurisprudentie inzake art. 287b rijst het beeld dat de schuldenaar een relatief sterk recht op een voorlopige voorziening (moratorium) toekomt en dat de vraag of de schuldenaar tot de schuldsaneringsregeling kan worden toegelaten daarbij geen rol speelt. Verder valt op dat de belanghebbende schuldeiser weliswaar wordt opgeroepen, maar dat hij meestal niet het 287b-verzoek (met alle bijlagen) ontvangt. Dit valt te verklaren uit de beperktere rol van het beginsel van hoor en wederhoor in het insolventieprocesrecht en de centrale positie die de schuldenaar in het schuldsanerings(proces)recht inneemt.

Interessant is de vraag of het toepassingsgebied van art. 287b zich al dan niet uitstrekt tot de stabilisatiefase, de fase in het schuldhelpverleningstraject waarin nog geen aanbod voor een minnelijke schuldregeling wordt geformuleerd. Ik heb deze vraag bevestigend beantwoord.

Het procedurele kader indachtig, worden in deze paragraaf voorstellen voor verbetering en aanpassing van (de toepassing van) art. 287b gedaan. Er wordt begonnen bij de fase voorafgaand aan het indienen van een 287b-verzoek en geëindigd met de rechtsmiddelen en het zesmaandsverslag van art. 287b.

4.11.2 Voorfase en het verzoek

Voorafgaand aan 287b-verzoeken vindt niet altijd overleg met de betrokken schuldeiser plaats. Dit dient echter wel het uitgangspunt te zijn, omdat het past bij het insolventieprocesrecht. De wetgever heeft immers een traject voorafgaand aan een schuldsaneringsregeling voorgeschreven, inhoudende dat de schuldenaar moet proberen een regeling met zijn schuldeisers te treffen (art. 288 lid 2 onder b en 285 lid 1 onder f).¹⁶¹

Dit contact of overleg kan tot opschorting van executie of een andere oplossing in der minne leiden.¹⁶² Overleg draagt aldus bij aan een beperking van het aantal zaken waarin een beroep op de rechter wordt gedaan. Het past bij het systeem en de aard van het insolventieprocesrecht om dit maatschappelijke belang mee te wegen. Om al deze redenen verdient het aanbeveling een dergelijke voorwaarde voor het indienen van 287b-verzoeken in het Procesreglement insolventiezaken op te nemen.

Bij het indienen van een 287b-verzoek is het minnelijke traject vaak niet of nauwelijks opgestart. In veel gevallen dient eerst een inventarisatie, in de vorm van een zogeheten stabilisatietraject te worden opgezet. Het indienen van een vrijwel volledig Wsnp-verzoek, zoals nu in het Procesreglement insolventiezaken en de jurisprudentie wordt geëist, is daarom niet reëel en dient geen redelijk doel. De (inmiddels afgeschafte) regeling van het oude kantonrechtterskortgeding (art. 116 Rv e.v. oud) en die van de voorlopige voorziening in echtscheidingsprocedures (art. 821 Rv e.v.) laten zien dat het anders kan. Op grond van art. 116 Rv oud (het oude kantonrechtterskortgeding) en art. 821 Rv kon en kan een verzoek tot het treffen van voorlopige voorziening worden ingediend nog voordat de bodemzaak aanhangig is, met dien verstande dat deze

¹⁶¹ Daarnaast geldt dat de eisen van redelijkheid en billijkheid, die de verhouding tussen debiteur en crediteur beheersen (art. 6:2 en 248 BW), meebrengen dat een dergelijk overleg wel plaatsvindt.

¹⁶² Zie Hoekstra 2011, p. 20.

binnen een bepaalde termijn nadien aanhangig moet worden gemaakt.¹⁶³ Een dergelijke regel zou ook ten aanzien van 287b-verzoeken kunnen worden ingevoerd.¹⁶⁴ Een minder vergaande wijziging zou kunnen inhouden dat enkel een verzoek tot toelating tot de schuldsaneringsregeling (pro forma) wordt gedaan, zonder het bijvoegen van stukken. Bij dit alles geldt telkens dat verzoeker de noodzaak van de gevraagde voorziening en het in staat zijn te kunnen betalen van de doorlopende, periodieke verplichtingen zal moeten onderbouwen.

Verzoeker dient bij het verzoek te stellen en met stukken te onderbouwen dat sprake is van een bedreigende situatie (art. 3.2.4.5 Procesreglement insolventiezaken). Hij dient tevens te stellen dat hij bezig is een schuldregeling met zijn schuldeisers te treffen dan wel doende is een schuldregelingsaanbod voor te bereiden. Daarbij dient verlangd te worden dat het minnelijke traject (de schuldbemiddeling) wordt uitgevoerd door een instelling of persoon genoemd in art. 48 lid 1 Wck. Schuldbemiddeling door anderen is immers verboden (art. 47 Wck). Die eis geldt voor de toelating tot de schuldsaneringsregeling (art. 288 lid 2 onder b) en – zo zal nog worden betoogd – tevens voor het doen van een 287a-verzoek (par. 5.4.2).

4.11.3 *De oproep voor de mondelinge behandeling en de spoedvoorziening zonder zitting*

In de praktijk van het kort geding komt het voor dat de eisende partij op zeer korte termijn een voorziening wenst en de gedaagde niet wil toezeggen het kort geding af te zullen wachten. De rechter kan dan, op de stukken, een tijdelijke voorlopige voorziening geven tot aan de zitting.¹⁶⁵ Bij de beoordeling van 287b-verzoeken is deze werkwijze in de praktijk terug te vinden.¹⁶⁶

Dit past ook bij de aard van insolventieprocesrecht waarvan snelheid een belangrijk kenmerk is. De 287b-verzoeken behoren daarna (uiteraard) alsnog ter zitting behandeld te worden.

Bij de oproep van belanghebbenden bij 287b-verzoeken dienen zowel het verzoekschrift als de daarbij horende bijlagen te worden verzonden. Dit betekent onder meer dat het Wsnp-verzoek aan die belanghebbende wordt gestuurd. Partijen dienen immers kennis te kunnen nemen van en zich te kunnen uitlaten over elkaars standpunten en over alle stellingen en stukken die de rechter aan zijn beoordeling ten grondslag legt.¹⁶⁷ Dit volgt (onder meer) uit het beginsel van hoor en wederhoor alsook het toepasselijke, althans analogisch toe te passen art. 279 Rv. Met de oproep dient de belanghebbende schuldeiser er mijns inziens

¹⁶³ Zie art. 1019i Rv betreffende de tijdelijke werking van voorlopige voorzieningen ter zake van rechten van intellectuele eigendom. Het bestuursrecht kent een soortgelijke regeling, zie art. 8:81 lid 1 Awb.

¹⁶⁴ Gebleken is dat de rechters bij indiening van een 287b-verzoek niet eisen dat het Wsnp-verzoek compleet is.

¹⁶⁵ Tonkens-Gerkema 2014, (T&C Rv), art. 254 Rv, aant. 10. Voor het bestuursrecht is dit uitdrukkelijk in de wet bepaald, zie art. 8:83 lid 4 Awb. In de praktijk komt dit weinig voor.

¹⁶⁶ Op art. 287b-verzoeken wordt blijkens de jurisprudentie niet steeds op korte termijn beslist. Een termijn van maximaal één week kan bijvoorbeeld worden afgeleid uit: Rb. 's-Hertogenbosch 8 april 2008, *LJN* BC9694, Rb. Arnhem 14 september 2010, *LJN* BN8489, Rb. Haarlem 27 juli 2010, *LJN* BN2790 en Rb. Gelderland 18 april 2014, *ECLI:NL:RBGEL:2014:2660*. Langere termijnen komen ook voor. Termijn van vier tot acht weken: Rb. Rotterdam 2 april 2014, *ECLI:NL:RBROT:2014:2647* (termijn ongeveer zes weken), 18 maart 2014, *ECLI:NL:RBROT:2014:2550* en 4 maart 2014, *ECLI:NL:RBROT:2014:2544*.

¹⁶⁷ Zie onder meer HR 12 mei 1989, *LJN* AC 2494, *NJ* 1989/647 en HR 31 januari 2003, *NJ* 2004/48.

op gewezen te worden dat hij voorafgaand aan de zitting een verweerschrift kan indienen en dat hij dit dan in kopie aan (de gemachtigde van) de schuldenaar moet zenden. Dit volgt niet uit een bepaling van titel 3, maar past wel bij de aard van het insolventieprocesrecht, waarin de rechter zich actief opstelt en de belanghebbende kan wijzen op zijn recht om een verweerschrift in te dienen.¹⁶⁸ Dit geldt te meer nu in de 287b-procedure geen sprake is van verplichte procesvertegenwoordiging. Het is verder aan te bevelen de schuldeiser een formulier te zenden waarop hij kan aangeven of hij zich refereert (het oordeel aan de rechter overlaat), verweer wil voeren en zo ja of hij ter zitting wil verschijnen of dat hij alsnog instemt met het verzoek.

Oproepen voor de mondelinge behandeling kunnen per fax of e-mail worden verzonden, mits deze methoden in het Procesreglement insolventiezaken worden opgenomen en de betrokkene door middel van vermelding van het faxnummer of e-mailadres op briefpapier of andere officiële uitingen, zoals een (eigen) website, kenbaar heeft gemaakt via die weg bereikbaar te zijn. Dit past bij de spoedeisende aard van de 287b-procedure en daarmee bij de aard van het insolventieprocesrecht.

De jurisprudentie is verdeeld over de vraag of een faxverzendrapport voldoende aannemelijk maakt dat de fax de geadresseerde heeft bereikt. Daarom verdient het aanbeveling de fax telefonisch bij de geadresseerde aan te kondigen. Deze aanbeveling geldt in elk geval voor het oproepen van niet-professionele rechtshulpverleners en partijen zonder gemachtigde.

Het verzenden van een oproeping per e-mail dient op dezelfde wijze te worden aangekondigd. In plaats van een verzendrapport kan een ontvangst- en/of leesbevestiging worden aangevraagd of gegenereerd. Oproepen per e-mail dienen te worden voorzien van een elektronische handtekening.

4.11.4 *Het beoordelingscriterium*

Op grond van art. 287b kan de insolventierechter voorlopige voorzieningen treffen teneinde een minnelijke schuldregeling dan wel het indienen van een 287a-verzoek mogelijk te maken. Een beoordelingscriterium geeft de wet niet. Het procedurele kader (par. 2.6) biedt evenmin duidelijke handvatten. Van een daadwerkelijke bodemprocedure zoals bij kort gedingen ex art. 254 of art. 223 Rv is immers geen sprake. Er moet weliswaar een Wsnp-verzoek worden ingediend, maar dit verzoek kan niet compleet zijn omdat de verklaring van art. 285 lid 1 onder f – inhoudende dat het minnelijke traject is mislukt – ontbreekt. Het ligt daarom minder voor de hand bij de beoordeling van 287b-verzoeken een parallel te trekken met de in de kortgedingjurisprudentie ontwikkelde criteria, te weten het spoedeisend belang.

Het beoordelingscriterium kan slechts worden afgeleid uit de aard van de bepaling en de bedoeling van de wetgever. Als uitgangspunt heeft te gelden dat de in de wet omschreven voorzieningen (naar hun aard) noodzakelijk zijn om verzoeker in staat te stellen in het minnelijke traject tot overeenstemming te

¹⁶⁸ Bij de Rechtbank Gelderland wordt de belanghebbende in een procedure tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst (art. 7:685 BW) in de oproeping voor de mondelinge behandeling erop gewezen dat een verweerschrift kan worden ingediend.

komen met zijn schuldeisers of – desnoods – een 287a-verzoek te doen. Voorts mag worden aangenomen dat de verzoeker de intentie heeft tot een al dan niet gedwongen (art. 287a) schuldregeling te komen. De nakoming van doorlopende verplichtingen dient telkens gewaarborgd te zijn.¹⁶⁹ Als er voldoende concrete aanwijzingen zijn dat de genoemde noodzaak of intentie ontbreekt, wordt het verzoek afgewezen. Indien aan deze uitgangspunten en voorwaarde is voldaan, geldt dat alleen zwaarwegende belangen van schuldeisers (bij afwijzing van het verzoek) tot afwijzing van het 287b-verzoek kunnen leiden. Dat deze belangen zwaarwegend moeten zijn volgt uit het grote belang dat de schuldenaar heeft bij het oplossen van zijn schulden en bij de waarborg dat lopende verplichtingen voldaan worden.

Een zwaarwegend belang bij de afwijzing van het verzoek doet zich voor als de schuldeiser gedurende een lange periode (van in beginsel meer dan een jaar) wordt geconfronteerd met een schuldenaar die zijn (contractuele) verplichtingen niet nakomt, terwijl de schuldeiser hoge kosten heeft gemaakt om tot beëindiging van hun contractuele relatie te komen.

Een 287b-verzoek kan worden toegewezen als nog niet daadwerkelijk met het minnelijke traject, dat wil zeggen de poging tot minnelijke schuldregeling, is begonnen, mits voldoende aannemelijk is dat een minnelijk traject zal volgen.

Een tweede 287b-verzoek, na verloop van de termijn van eerdere voorzieningen ex art. 287b, is slechts toegewezen indien verzoeker aannemelijk maakt dat hij zich tijdens de duur van die eerdere voorzieningen voldoende heeft ingespannen om een schuldregeling tot stand te brengen en er bovendien sprake is van een zodanige wijziging van omstandigheden dat een nieuwe voorziening gerechtvaardigd is (zie art. 824 Rv).¹⁷⁰ Een belangrijk gezichtspunt hierbij is of een minnelijke regeling thans wel (relevante) kans van slagen heeft.

4.11.5 *Vaststelling van de feiten – bewijsrecht*

In het insolventieprocesrecht gelden niet de gewone regels van stelplicht en bewijslast uit de dagvaardingsprocedure. Het verzoek strekt naar zijn aard tot het geven van een voorlopige voorziening en vertoont voorts overeenkomsten met het kort geding en de voorzieningen ex art. 223 Rv. In deze procedures zijn regels van stelplicht en bewijslast evenmin van toepassing, doch is sprake van een zogeheten aannemelijkheidsoordeel. De conclusie is daarom dat de insolventierechter zijn oordeel moet baseren op hetgeen hem op basis van de stukken en hetgeen ter zitting is besproken voldoende aannemelijk voorkomt, nu hij optreedt als voorzieningenrechter.

Het past bij het beschreven procedurele kader en in het bijzonder bij de aard van het insolventieprocesrecht dat de insolventierechter zich bij de beoordeling van een 287b-verzoek actief opstelt waar het gaat om het onderzoek naar de

¹⁶⁹ De na de beslissing op het verzoek opeisbare verplichtingen uit de ten tijde van die beslissing bestaande duurovereenkomst ter zake waarvan een voorziening wordt getroffen

¹⁷⁰ Het bestuursrecht kent een soortgelijke regeling, zie art. 8:87 lid 4 Awb. Die regeling is ingegeven door de omstandigheid dat geen hoger beroep kan worden ingesteld van beslissingen omtrent verzoeken tot het treffen van een voorlopige voorziening ex art. 8:81 Awb. Interessant is dat de bestuursrechter een voorlopige voorziening ambtshalve kan wijzigen (of opheffen). Dat zou een basis geven aan telefonisch/zonder horen verlenen van een voorlopige voorziening waarna alsnog een zitting wordt gehouden.

feiten. In het jurisprudentieonderzoek zijn geen aanwijzingen gevonden dat de insolventierechter zich in 287b-procedures opstelt zoals hier omschreven. Daarvoor is nader onderzoek nodig.

4.11.6 *De voorzieningen en de duur daarvan*

In deze paragraaf doe ik enkele aanbevelingen over de op grond van art. 287b te geven voorzieningen, waarbij deels buiten het procedurele kader wordt getreden.

In art. 287b is niet bepaald dat ter zake van het beëindigen van de levering van (stads)warmte een voorlopige voorziening (moratorium) kan worden gevraagd. Dit moet als een omissie worden beschouwd. Het verdient aanbeveling de in art. 287b lid 2 genoemde omschrijving van een ‘bedreigende situatie’ uit te breiden met de beëindiging van de levering van stadswarmte.

Onder zorgverzekering in art. 287b lid 4 dient (mede) de aanvullende zorgverzekering te worden verstaan. Het hebben van een aanvullende zorgverzekering kan onder omstandigheden evenzeer van cruciaal belang zijn voor het welslagen van het minnelijke traject als het hebben van een basiszorgverzekering. Gedacht kan worden aan de schuldenaar voor wie redelijkerwijs medische kosten te verwachten zijn die niet onder de dekking van de basiszorgverzekering maar wel onder die van zijn aanvullende verzekering vallen. Indien de aanvullende zorgverzekering wordt opgezegd of ontbonden dan zijn nieuwe schulden (vrijwel) onvermijdelijk.

Op grond van de nieuwe regelingen inzake het afsluitbeleid betreffende deze nutsvoorzieningen bestaat onder omstandigheden een recht op heraansluiting.¹⁷¹ Dit is beperkt tot enerzijds de consument voor wie of voor wiens huisgeno(o)t(en) heraansluiting noodzakelijk is teneinde gezondheidsrisico's te voorkomen en anderzijds – voor wat betreft de levering van gas en elektriciteit – tot de winterperiode. Gelet op deze nieuwe regelingen is het mogelijk op grond van art. 287b herstel van een nutsvoorziening te bevelen.

In de praktijk is herstel van de nutsvoorziening praktisch gezien echter onmogelijk omdat de schuldenaar de vooraf te betalen herstelkosten (en/of borgsom) niet op tafel zal kunnen leggen. Gegeven het grote belang bij heraansluiting kan bepaald worden dat voorafgaande betaling van deze kosten niet als voorwaarde voor heraansluiting mag worden gesteld omdat de uitvoering van de voorlopige voorziening anders feitelijk onmogelijk zou zijn. In de jurisprudentie wordt ten aanzien van art. 287b-verzoeken regelmatig bepaald dat de voorlopige voorziening vervalt op het moment dat het Wsnp-verzoek wordt ingetrokken dan wel de beslissing daarop in kracht van gewijsde is gegaan. Dit komt overeen met hetgeen geldt ten aanzien van voorlopige voorzieningen ex art. 223 Rv en past het best bij de aard van de voorzieningen. In art. 287b zou een bepaling van deze strekking kunnen worden opgenomen.

Aangezien afwijzing of intrekking van het Wsnp-verzoek en/of 287-verzoek niet bekend hoeft te zijn bij de betrokken schuldeiser(s) zou tevens geregeld (dan wel in de beschikking opgenomen) moeten worden dat de betrokken schuldeiser daarover wordt geïnformeerd door verzoeker/schuldenaar zelf. Een dergelijke

¹⁷¹ Regeling Elektriciteit en Gas, Stcrt. 28 juni 2011, nr. 11579 en de Regeling Water, Stcrt. 20 april 2012, nr. 7964.

regel strookt met de regel dat de verhouding tussen schuldenaar en schuldeiser en die tussen procespartijen (par. 2.3.1) worden beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 en 248 BW).

4.11.7 *De beslissing*

Het behoeft geen toelichting dat een beslissing op een 287b-verzoek een beschikking in plaats van een vonnis (art. 287b j° 287a lid 4) hoort te zijn. Het uitgangspunt dat dit een vonnis is indien de Faillissementswet niet anders bepaalt, is achterhaald.

De (insolventie)rechter die op 287b-verzoeken beslist draagt voorts de titel voorzieningenrechter (art. 50 RO).

4.11.8 *Proceskosten*

Art. 287b bepaalt niets omtrent veroordeling van de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten. Op grond van het (naar analogie) toe te passen art. 289 Rv kan een proceskostenveroordeling worden uitgesproken. Dit past ook bij het systeem van het insolventieprocesrecht.¹⁷²

In de procedures van art. 287b staat het recht van de schuldeiser tot uitoefening van zijn rechten tegenover een door de schuldenaar gestelde sociale noodsituatie op grond waarvan de schuldenaar een voorziening vraagt, teneinde de te verwachten schuldsaneringsregeling goed te kunnen doorlopen of een minnelijke schuldregeling te kunnen treffen. Deze voorziening strekt tot het tijdelijk opschorten van executiemaatregelen door de schuldeiser, waarbij lopende verplichtingen uit duurovereenkomsten met verhuurders en nutsleveranciers nagekomen moeten worden. Gelet op de aldus te kenschetsen aard van het geschil lijkt terughoudendheid bij het uitspreken van een proceskostenveroordeling op haar plaats. De rechter heeft deze ruimte omdat het in art. 289 Rv aan zijn inzicht is overgelaten of hij aanleiding ziet voor een dergelijke veroordeling.¹⁷³ Slechts indien een van partijen zich schuldig maakt aan misbruik van (proces) recht lijkt een veroordeling in de proceskosten passend.

Voor de hoogte van de proceskostenveroordeling dient aansluiting te worden gezocht bij hetgeen geldt in zaken waarin geen sprake is van verplichte procesvertegenwoordiging. Indien een procespartij in dergelijke zaken wel vertegenwoordigd wordt door een gemachtigde, wordt de hoogte van de proceskostenveroordeling bepaald aan de hand van het liquidatietarief voor kantonzaken alsook het aantal en de aard van de verrichte proceshandelingen.¹⁷⁴ Voor het opstellen van een processtuk (dagvaarding, verzoekschrift, verweerschrift, conclusie e.d.) wordt één punt toegekend. Voor het verschijnen ter zitting eveneens. Indien een procespartij zelf procedeert, kan op grond van art. 239 Rv een vergoeding van reis-, verblijf- en/of verletkosten worden toegekend. Verletkosten zijn gederfde inkomsten. Het gaat meestal om de kosten voor het

¹⁷² Vgl. HR 11 april 2008, *LJN BC2721*, *NJ* 2008/221 en par. 3.11.8.

¹⁷³ HR 11 februari 2000, *NJ* 2000/239 en zie voor een insolventieprocedure: HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998/68.

¹⁷⁴ Zie de Staffel buitengerechtelijke incassokosten (BIK) en salarissen in rolzaken kanton op rechtspraak.nl (procedures/landelijke regelingen).

opnemen van verlof (bij de werkgever van de procespartij) ten behoeve van de zitting. Verblijfkosten zullen niet snel aan de orde zijn.

Bij toepassing van deze regels op een proceskostenveroordeling in een 287b-procedure is het volgende van belang. Het minnelijke traject moet, gelet op art. 288 lid 2 onder b, in beginsel namens de schuldenaar worden uitgevoerd door in art. 48 lid 1 Wck genoemde personen of instellingen. Dit betekent echter niet dat bij het vragen van voorlopige voorzieningen ex art. 287b sprake is van een gemachtigde. Allereerst is het van belang na te gaan of daadwerkelijk sprake is van een gemachtigde of van een persoon of instelling die de schuldenaar bijstaat en, anders dan een gemachtigde, niet zelf de procedure voert.¹⁷⁵ Ten tweede geldt als uitgangspunt bij een proceskostenveroordeling dat de procespartij zijn gemachtigde betaalt. Dit is bij 287b-verzoeken veelal niet het geval omdat deze door een gemeentelijke schuldhelpverlener worden ingediend. Als geen sprake is van een gemachtigde dan kan aan verzoeker vergoeding van reisen en verletkosten in de zin van art. 238 Rv worden toegekend.

4.11.9 *Wijziging getroffen voorziening(en)*

In de wet is niet bepaald dat een eenmaal getroffen voorziening ex art. 287b door de rechter gewijzigd of ingetrokken kan worden. Titel 3 of art. 254 Rv e.v. (kort geding) bevat daarover evenmin een bepaling. Voor echtscheidingsprocedures is in art. 821 lid 1 Rv bepaald dat een voorlopige voorziening ook kan worden gevraagd indien een voorziening is gegeven. Dit kan slechts (i) als de omstandigheden na de beschikking in zodanige mate zijn gewijzigd dat; of (ii) als bij het geven van de beschikking in zodanige mate van onjuiste gegevens is uitgegaan dat, alle betrokken belangen in aanmerking genomen, de voorziening niet in stand kan blijven (art. 824 lid 1 Rv). Ik beveel aan een dergelijke bepaling in art. 287b op te nemen.

4.11.10 *Rechtsmiddelen*

Tegen een beslissing ex art. 287b staat geen hogere voorziening open. Dit past bij de aard van insolventieprocesrecht omdat dit procesrecht onder meer wordt gekenmerkt door het niet openstellen van rechtsmiddelen tegen elke beslissing ingevolge de Faillissementswet. Daar staat tegenover dat toewijzing van een 287b-verzoek inbreuk maakt op rechten van schuldeisers. Bovendien gaat het om uitoefening van in een andere procedure door de rechter genomen beslissingen (zoals een ontruimingsvonnis). Tegen deze achtergrond is het mijns inziens evenwichtiger indien een schuldeiser (belanghebbende) die niet op het verzoek is gehoord in verzet kan komen tegen de beslissing op het genoemde verzoek. Dit past in het systeem van het insolventieprocesrecht en burgerlijk procesrecht. Het insolventieprocesrecht kent het recht van verzet in art. 8 en 10 (zie par. 3.11.10). Voorts is verzet mogelijk van een bij verstek gewezen vonnis in kort geding (art. 259 Rv), welke procedure met die van art. 287b kan worden vergeleken. Naast de mogelijkheid van verzet zou moeten worden bepaald dat partijen

¹⁷⁵ Zie nader par. 5.6.2.2..

wijziging van een eerder gegeven voorziening kunnen vragen, zoals in de vorige paragraaf is aangegeven.

Indien verzet kan worden ingesteld tegen een bij verstek gegeven beslissing op het 287b-verzoek en wijziging van een gegeven voorziening kan wordt gevraagd, is het passend dat geen hoger beroep kan worden ingesteld van een beslissing ex art. 287b.

4.11.11 Na de voorziening

Degene die de buitengerechtelijke schuldhulpverlening uitvoert, moet na afloop van de termijn waarvoor het moratorium gold verslag uitbrengen aan de rechtbank (art. 287b lid 6). Dit verslag bevat informatie om de rechter in staat te stellen een 287a-verzoek of een Wsnp-verzoek te beoordelen, zo moet worden aangenomen. Daarom is in art. 3.2.4.7 Procesreglement insolventiezaken terecht bepaald dat dit verslag vier weken voor afloop van deze termijn moet zijn uitgebracht. Indien een schuldregeling tot stand is gekomen dan kan het verslag worden beschouwd als een mededeling dat het Wsnp-verzoek als ingetrokken moet worden beschouwd. Indien geen schuldregeling tot stand is gekomen dan kan het verslag (mede) worden beschouwd als de in art. 285 lid 1 onder f bedoelde verklaring dat er geen mogelijkheden zijn om tot een schuldregeling te komen. In dat geval zal het Wsnp-verzoek behandeld moeten gaan worden. Dit verzoek zal bij de indiening van het 287b-verzoek nog niet compleet zijn. Het is daarom het meest logisch en praktisch om in de beslissing waarbij een 287b-verzoek wordt toegewezen, naast een bepaling over het indienen van dit verslag, op te nemen dat het Wsnp-verzoek uiterlijk een bepaald aantal weken voor afloop van het moratorium moet worden gecomplementeerd; bij gebreke waarvan verzoeker in het Wsnp-verzoek niet-ontvankelijk wordt verklaard.

5 | De gedwongen schuldregeling

5.1 Inleiding

Per 1 januari 2008 is met de invoering van wetsvoorstel 29 942 een bijzonder artikel, art. 287a, aan de Faillissementswet toegevoegd. Het is een bijzondere bepaling omdat deze niet de insolventieprocedure als zodanig betreft noch het veiligstellen van de kansen op een goed doorlopen van een dergelijke procedure, zoals art. 287 lid 4 beoogt. Art. 287a biedt de schuldenaar de mogelijkheid schuldeisers in een eenvoudige procedure bij de insolventierechter tot medewerking aan een buitengerechtelijk akkoord dwingen. Het resultaat: een dwangakkoord, dwangregeling of gedwongen schuldregeling. Laatstgenoemde term wordt hierna gebruikt omdat in art. 287a lid 1 de termschuldregeling wordt gebruikt.

Met de invoering van art. 287a werd beoogd het minnelijke traject te versterken omdat het mogelijk werd schuldeisers die ten onrechte weigerden mee te werken aan een buitengerechtelijk akkoord te kunnen dwingen tot medewerking.¹ Een schuldeiser kan tot die deelname worden gedwongen als hij ‘(...) in redelijkheid niet tot weigering van instemming met de schuldregeling heeft kunnen komen, in aanmerking genomen de onevenredigheid tussen het belang dat hij heeft bij uitoefening van de bevoegdheid tot weigering en de belangen van de schuldenaar of van de overige schuldeisers die door die weigering worden geschaad.’ Zie art. 287a lid 4. Dit criterium komt vrijwel geheel overeen met het in art. 3:13 lid 2 BW beschreven voorbeeld van misbruik van bevoegdheid en wordt het onevenredigheids criterium genoemd. Het in art. 287a gegeven criterium verschilt in die zin met het in art. 3:13 lid 2 BW gegeven voorbeeld dat in art. 287a de belangen van de ‘overige schuldeisers’ genoemd worden.² De bepaling codificeert in hoge mate toen (vóór 1 januari 2008 daterende) gangbare rechtspraak waarin een weigerende schuldeiser op grond van dit criterium werd gedwongen mee te doen aan een onderhands akkoord (minnelijke schuldregeling).³ Het vernieuwende van art. 287a is gelegen in de keus voor de gespecialiseerde ‘insolventierechter’ en de goedkope, eenvoudige en snelle rechtsgang die is ingebed in de procedure leidende tot

¹ *Kamerstukken II* 2004/05, 20 042, nr. 3.

² Zie over die rechtspraak Wessels *Insolventierecht* VI 2012/6201 e.v. en Van der Heiden 2008.

³ De term niet-instemmende schuldeiser is eigenlijk beter. Desondanks wordt aangesloten bij de wettelijke terminologie.

toelating tot de schuldsaneringsregeling. Nieuw is ten slotte dat de belangen van overige schuldeisers (kunnen) meewegen.

In de Monitor Wsnp over 2012 is het aantal 287a-verzoeken in de periode van 2008 tot en met 2012 vermeld. Het aantal 287a-verzoeken is na een aarzelend begin in de eerste twee jaren sterk gestegen. Afgezet tegen het totaal aantal Wsnp-verzoeken (17.575 in 2013) en toelatingen tot de schuldsaneringsregeling (12.356) gaat het om relatief kleine aantallen.⁴ Mogelijk heeft het bestaan van art. 287a wel invloed op het ‘slagingspercentage’ in het minnelijke traject, maar daarover is geen onderzoek bekend.

Beslissingen op 287a-verzoeken 2009 tot en met 2013⁵

	2009		2010		2011		2012		2013	
	Aantal	%	Aantal	%	Aantal	%	Aantal	%	Aantal	%
Afwijzing	154	23%	263	27%	343	24%	342	20%	321	20%
Intrekking	274	40%	369	37%	567	41%	711	41%	759	46%
Niet-ontvankelijk-verklaring	30	4%	19	2%	74	5%	107	6%	74	5%
Toekenning	226	33%	339	34%	414	30%	558	33%	490	30%
Totaal ingediend	682		1.108		1.457		1.750		1.790	
Index	100		162							

Het overzicht laat zien dat de percentages van de mogelijke beslissingen op het 287a-verzoek vrij constant zijn, met dien verstande dat het percentage intrekkingen over 2013 is gestegen. Uit de Monitor Wsnp blijkt dat het aantal 287a-verzoeken per rechtbank zeer sterk verschilt.⁶

Ik zal in dit hoofdstuk eerst de achtergrond en ontstaansgeschiedenis van de gedwongen schuldregeling en de vóór 2008 bestaande jurisprudentie bespreken.⁷ Daarbij komen het leerstuk van misbruik van recht of bevoegdheid en het zogeheten Payroll-arrest van de Hoge Raad aan de orde. In dat arrest, dat na indiening van het wetsvoorstel 29 942 is gewezen, geeft de Hoge Raad in heel algemene bewoordingen aan wanneer een weigerende schuldeiser kan worden bevolen mee te werken aan een hem aangeboden schuldregeling. In par. 5.3 en 5.4 wordt de procedure van art. 287a beschreven. Daarbij komt aan de orde hoe verstekzaken beoordeeld moeten worden. In dat kader wordt kort ingegaan op het karakter van het in art. 287a genoemde beoordelingscriterium. In par. 5.5 wordt ingegaan op de formele aspecten van dit criterium. Het beoordelingscriterium wordt in de praktijk stevast geconcretiseerd in een aantal deelvragen of ‘sub-eisen’. Dit betreft allereerst de eis dat een volledig Wsnp-verzoek beschikbaar moet zijn. Deze wordt, als zijnde een eis van formele aard, besproken. Ten tweede geldt dat het

⁴ Monitor Wsnp, Negende meting 2013, p. 10 en 13.

⁵ Monitor Wsnp, Tiende meting 2014, p. 92.

⁶ Monitor Wsnp, Negende meting 2013, p. 76 en Monitor Wsnp, Tiende Meting 2014, p. 92/93.

⁷ Voor de uitleg van wetgeving is deze, zeker nu het om een ‘jonge’ wetsbepaling gaat, van belang. Ik teken daarbij aan dat een grote mate van vrijheid bestaat ten aanzien van de vraag welke betekenis aan die geschiedenis toekomt. Zie W. Snijders, ‘Parlementaire geschiedenis: zin en onzin’, *WPNR* 2008, 6744.

voorstel aan de schuldeisers kwalitatief goed moet zijn. De kwaliteit van het voorstel wordt beoordeeld aan de hand van een drietal subcriteria: het voorstel moet goed en betrouwbaar gedocumenteerd zijn, zijn getoetst door een onafhankelijke en deskundige partij en het moet het uiterste zijn waartoe de schuldenaar financieel in staat moet worden geacht. Dit onderzoek is beperkt tot de eerste twee subcriteria omdat de vraag of het aanbod het uiterste is waartoe de schuldenaar financieel in staat wordt geacht een inhoudelijke beoordeling van het aanbod zelf betreft. Een volledige bespreking van (de uitwerking van) het beoordelingscriterium valt buiten het kader van dit onderzoek. Nader onderzoek is wel gewenst. In par. 5.6 en 5.7 wordt aandacht besteed aan het vonnis en de daartegen in te stellen rechtsmiddelen. In par. 5.8 wordt het functioneren van art. 287a onderzocht en worden de grenzen van het toepassingsgebied van art. 287a verkend. Het hoofdstuk sluit af met conclusies en aanbevelingen.

5.2 Achtergrond en ontstaansgeschiedenis

5.2.1 *De minnelijke schuldregeling en de gedwongen schuldregeling*

Een schuldenaar die zich geconfronteerd ziet met schulden die hij niet of niet binnen een overzienbare termijn kan aflossen, zal deze schuldenlast willen saneren door zijn schuldeisers een regeling aan te bieden. Voor een dergelijke regeling worden in de literatuur en rechtspraak verschillende termen gebruikt, zoals buitengerechtelijke schuldregeling, minnelijke (schuld)regeling of onderhands akkoord. De term minnelijke schuldregeling wordt hierna gebruikt voor het geval de schuldenaar zonder hulp van de rechter een regeling met zijn schuldeisers treft. Een dergelijke schuldregeling is in feite een overeenkomst tussen een schuldenaar en (een of meer van) zijn schuldeisers. In de praktijk wordt vrijwel steeds gestreefd naar een overeenkomst met alle schuldeisers omdat pas dan van werkelijke schuldsanering sprake is. Soedira stelt dat alleen van een minnelijke schuldregeling kan worden gesproken indien het aan alle schuldeisers wordt aangeboden (zoals ten aanzien van de dwangakkoorden in insolventies geldt).⁸ Een aanbod aan alle schuldeisers is daarentegen volgens Wessels niet altijd noodzakelijk.⁹

Het onderhands akkoord is een meerzijdige overeenkomst (art. 6:216 BW). Vragen rond de totstandkoming en uitvoering van een minnelijke schuldregeling moeten worden beantwoord aan de hand van het (algemene) verbintenissenrecht.¹⁰ In het verbintenissenrecht wordt aangenomen dat een schuldeiser met een aanbod moet instemmen. Dat geldt eveneens bij de totstandkoming van een onderhands akkoord. Schuldeisers die niet met het aanbod instemmen zijn daarom, bijzondere gevallen daargelaten, niet gebonden. Dit vormt een grote belemmering voor de schuldenaar om van zijn (grote) schuldenlast bevrijd te worden dan wel om

⁸ Soedira in haar noot onder Rb. Almelo 4 februari 1998, JOR 1998, 66. Minder stellig Soedira, diss. 2011, p. 265.

⁹ B. Wessels, 'Dwangdeelname aan een onderhands akkoord', Ondernemingsrecht 1999/14, p. 384-390.

¹⁰ Hof 's-Hertogenbosch 27 oktober 1997, JOR 1998, 65.

deze tot overzienbare omvang terug te brengen. Reeds in 1835 is een voorstel gedaan tot een wettelijke regeling van de minnelijke schuldregeling, inhoudende de mogelijkheid van homologatie van een dergelijke schuldregeling. Nadien zijn in de literatuur diverse voorstellen gedaan, maar deze hebben niet tot wetgeving geleid.¹¹ Ook het Voorontwerp Insolventiewet bevat een regeling voor het akkoord buiten insolventie en de homologatie daarvan.¹² De behoefte aan een regeling van de minnelijke schuldregeling kan voorts worden afgeleid uit de vooral sinds ongeveer 1990 overvloedige jurisprudentie. Uit deze rechtspraak blijkt dat het onder omstandigheden mogelijk is weigerende schuldeisers te dwingen mee te doen aan een minnelijke schuldregeling. Het betreft vooral uitspraken in kort geding.¹³ Daarbij werden door de schuldenaren diverse grondslagen voor de vordering (tot medewerking aan een schuldregeling) gekozen zoals onrechtmatige daad, handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid en misbruik van bevoegdheid. Een groot aantal feiten en omstandigheden is blijkens deze uitspraken van belang bij de beoordeling van dergelijke vorderingen. In de rechtspraak is daarom behoefte ontstaan aan meer duidelijkheid op dit punt.¹⁴ Van der Heiden heeft op basis van 17 uitspraken van lagere rechters een opsomming van een aantal toetsingscriteria ontwikkeld.¹⁵ Deze opsomming is – onder uitdrukkelijke verwijzing naar Van der Heiden – overgenomen in een uitspraak van de Rechtbank Almelo die later veel is geciteerd en een belangrijke plaats heeft ingenomen in de totstandkomingsgeschiedenis van art. 287a.¹⁶

Het gaat in die uitspraak van de Rechtbank Almelo om de volgende criteria:

- a. dat een schuldsaneringsvoorstel behoorlijk onderbouwd moet zijn en vergezeld moet gaan van justificatoire bescheiden en aldus een volledig inzicht geeft in de schuld- en vermogenspositie van de debiteur; op grond daarvan dient het onder andere te bevatten een uitgebreide en gespecificeerde opgave van de activa en passiva, de wijze waarop (de) activa te gelde worden gemaakt, een specificatie van de middelen die beschikbaar zijn gesteld ter voorkoming van faillissement alsmede de herkomst daarvan,
- b. dat het voorstel inzicht geeft in het maximaal haalbare resultaat,
- c. dat het schuldsaneringsvoorstel wordt opgesteld en begeleid door een onafhankelijke deskundige,
- d. dat het aannemelijk moet zijn dat het niet bereiken van een minnelijke schuldregeling tot een faillissement zal leiden als gevolg waarvan de crediteuren (veel) minder zullen ontvangen,
- e. dat de schuldenaar zich aanzienlijke opofferingen heeft getroost of zal moeten getroosten, teneinde zijn schuldeisers zo optimaal mogelijk te voldoen,

11 Voor een overzicht zie Wessels Insolventierecht VI 2013/6219 e.v. Recent hebben Insolad en Vriesendorp nieuw voorstellen gedaan. Zie R.D. Vriesendorp, R.M. Hermans & K.A.J. de Vries, 'Wetsvoorstel tot aanpassing van de Faillissementswet door uitbreiding met titel IV', *TvI* 2013, 20 en www.insolad.nl onder publicaties.

12 Voorontwerp Insolventiewet 2007, deel 2, Titel 7 Voorzieningen buiten insolventie Afdeling 7.1 Akkoord buiten insolventie.

13 Voor een overzicht zie onder meer Wessels Insolventierecht VI 2013, par 6222 e.v. en Van der Heiden 2001, p. 6.

14 Soedira, diss. 2011 p. 267.

15 Van der Heiden 1997, p. 651.

16 Rb. Almelo 4 februari 1998, *LJN* AG3324, *JOR* 1998/66. Zie Pres. Rb. Zwolle 2 februari 2001, KG 2001, 136.

- f. dat de crediteuren gedurende het verzuim voortdurend op de hoogte worden gehouden van alle met betrekking tot hun vorderingen relevante ontwikkelingen,
- g. dat als gevolg van de sanering werkgelegenheid behouden blijft,
- h. dat vergelijkbare crediteuren gelijk behandeld worden, althans dat in het akkoord gemotiveerd wordt waarom bepaalde crediteuren boven andere crediteuren bevoordeeld worden,
- i. dat een gekwalificeerde meerderheid van crediteuren het aangeboden akkoord aanvaardt.

Met deze criteria wordt aangehaakt bij het gerechtelijke akkoord zoals neergelegd in de Faillissementswet. Kenmerkend voor die regeling is immers dat de activa van de gefailleerde/schuldenaar door een onafhankelijke curator of bewindvoerder in kaart zijn gebracht en (in beginsel) te gelde zijn gemaakt, dat het akkoord objectief wordt getoetst met behulp een advies van de curator ex art. 140 en dient te worden goedgekeurd (gehomologeerd) door de rechter.

Wessels acht volledige aansluiting bij de regels uit de Faillissementswet niet wenselijk.¹⁷ Van der Heiden pleit daar wel min of meer voor, met dien verstande dat de publicatieverplichting – die hij voor veel schuldenaren belastend acht – niet geldt.¹⁸

Ik zal hierna kort weergeven hoe de onder a, c en f. genoemde criteria in de jurisprudentie van vóór 2008 en de literatuur zijn uitgewerkt, aangezien deze criteria een rol spelen in de fase voorafgaand aan het indienen van een 287a-verzoek. De overige omstandigheden betreffen de belangenafweging als zodanig en daarmee de inhoudelijke beoordeling van het verzoek. Die valt buiten het kader van dit onderzoek.

De onderbouwing en documentering van het aanbod (a.)

Van der Heiden noemt in dit verband een opgave van de waarde van de activa onder verwijzing naar waarderingsrapporten of verzekeringspolissen respectievelijk de stukken die de passiva aannemelijk maken, een gespecificeerde verdeling van de activa en – in het geval de schuldenaar ondernemer is – de jaarstukken van de schuldenaar.¹⁹ Tevens moet worden toegelicht op welke wijze activa te gelde zijn gemaakt. Dit lijkt een goed en praktisch uitgangspunt.

Opstelling door onafhankelijk deskundige (c.)

In diverse uitspraken (van vóór 2008) wordt de eis gesteld dat het aanbod is opgesteld en begeleid door een onafhankelijke deskundige. Een gemeentelijke kredietbank wordt over het algemeen als voldoende onafhankelijk en deskundig beschouwd. Een advocaat wordt in veel uitspraken niet als zodanig gezien omdat hij geacht wordt primair de belangen van zijn cliënt te behartigen en niet tot taak heeft vanuit het belang van de crediteuren na te gaan of het aangeboden akkoord werkelijk het uiterste is dat voor crediteuren bereikbaar is.²⁰ Rechtbank Groningen

¹⁷ Zie Wessels Insolventierecht VI 2013/6223 en 6230. Volledige aansluiting bij de regeling voor het (dwang) akkoord in faillissement en surseance van betaling acht hij niet wenselijk.

¹⁸ Van der Heiden 2008, p. 166.

¹⁹ Rb. Haarlem 3 augustus 1993, *Prg.* 1993, 3993, m.nt. A.J.J. Heiden en Van der Heiden 2008, p. 159.

²⁰ Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 8 november 1994, *L/JN* AH4787, KG 1994, 448. Voor meer jurisprudentie Wessels Insolventierecht VI 2013/6230.

oordeelde daarentegen dat niet was gebleken dat de advocaat van de schuldenaar en de bedrijfsadviseur zich onvoldoende onafhankelijk hadden opgesteld.²¹ Van der Heiden adviseert om, als er geen externe deskundige is ingeschakeld, de vermogensopstelling te laten maken of controleren door een externe deskundige.²² Hierna zal blijken dat deze vraag tevens in de art. 287a-jurisprudentie speelt.

Op de hoogte houden van de crediteuren van alle relevante ontwikkelingen (f.)
Deze omstandigheid wordt slechts genoemd in een uitspraak van de kantonrechter te Apeldoorn.²³ In die uitspraak weegt ten gunste van de schuldenaren (een vennootschap onder firma en haar vennoten) mee dat zij de betrokken schuldeisers op de hoogte hadden gehouden van relevante ontwikkelingen. Het bevestigt het in par. 2.2 genoemde belang van overleg tussen partijen in de zogeheten voorfase.

5.2.2 *De inhoud van de minnelijke schuldregeling in de schuldsaneringspraktijk*

In de schuldsaneringspraktijk gelden twee vaste uitgangspunten. Het aanbod wordt aan alle schuldeisers gedaan en zij worden daarbij in twee groepen ingedeeld te weten de concurrente en de preferente schuldeisers. De preferente schuldeisers wordt vrijwel steeds betaling van een twee keer zo hoog percentage van hun vordering aangeboden als de concurrente schuldeisers.

Uit de jurisprudentie blijkt dat er (grofweg) twee soorten onderhandse akkoorden bestaan, te weten het percentageakkoord en het liquidatieakkoord. Het percentageakkoord komt verreweg het meest voor. Er zijn twee (hoofd)vormen. De meest bekende vorm van een percentageakkoord houdt in dat schuldeisers betaling ineens van een percentage van hun vordering wordt aangeboden. Dit akkoord wordt veelal gefinancierd doordat de schuldenaar een saneringskrediet afsluit. Een dergelijk akkoord is vergelijkbaar met het klassieke percentageakkoord in insolventies. In een faillissementssituatie wordt eveneens aan de schuldeisers met een preferente vordering betaling van een dubbel percentage van de vordering aangeboden, hetgeen valt terug te voeren op de Leidraad Invordering 1990. In die Leidraad was als voorwaarde voor medewerking aan een gerechtelijk of een buitengerechtelijk akkoord onder meer de eis gesteld dat de ontvanger als preferent schuldeiser op zijn vorderingen ten minste het dubbele percentage dient te ontvangen van hetgeen de concurrente schuldeisers op hun vorderingen krijgen uitgekeerd. Deze Leidraad is inmiddels vervangen door de Leidraad Invordering 2008. Zie art. 26.3.5 Leidraad Invordering 2008.²⁴

Bij de tweede vorm van een percentageakkoord doet de schuldenaar een zogeheten prognoseaanbod, ook wel een prognoseakkoord genoemd. Dit houdt in dat is uitgerekend wat de schuldenaar – uitgaande van de financiële situatie

21 Rb. Groningen 2 augustus 1996, *TvI-Nieuwsbrief* 1996, p. 56.

22 Zie Van der Heiden 2008, p. 161.

23 Ktg. Apeldoorn 20 november 1996, *Prg.* 1997, 4823.

24 Zie verder Wessels *Insolventierecht* VI 2013/6046 e.v.

van dat moment – gedurende 36 maanden kan sparen.²⁵ Aan de hand van dit bedrag wordt een prognose (percentage) aangeboden. Dit bedrag (en percentage) kan dus afwijken van het uiteindelijk te sparen bedrag. De schuldhulpverlener houdt toezicht op de maandelijkse afdrachten. In beginsel vindt elk jaar, na aftrek van de kosten, veelal 9% van het gespaarde bedrag, een uitkering plaats.

Het liquidatieakkoord wordt genoemd in art. 313 j° 50.²⁶ Daarin is vermeld dat rechtsvorderingen op grond van de Pauliana (art. 42-48) door de homologatie van het akkoord vervallen, ‘tenzij het akkoord boedelafstand inhoudt, in welk geval zij ten behoeve van de schuldeisers vervolgd of ingesteld kunnen worden door de vereffenaars’. Dit akkoord wordt niet nader uitgewerkt, maar uit deze bepaling kan wel worden afgeleid dat bij een liquidatieakkoord de vereffening door – in dit geval – de bewindvoerder wordt vervangen door een contractuele vereffening. De boedel wordt daarbij door de schuldenaar ter beschikking gesteld aan zijn schuldeisers om door een aangewezen vereffenaar te worden afgewikkeld en om de opbrengst onder hen te verdelen, welke rechtshandeling tegenover ieder werkt.²⁷ Die vereffenaar kan eenieder zijn, maar het ligt het meest voor de hand dat dat (bij natuurlijke personen) de schuldhulpverlener is.

Bij beide vormen van een minnelijke schuldregeling is het uitgangspunt steeds dat dit aanbod tegen finale kwijting wordt gedaan. Voor de wettelijke akkoorden geldt dat de overgebleven niet-voldane gedeelten als natuurlijke verbintenissen gelden. In geval van een buitengerechtelijke regeling mag dit niet zonder meer worden aangenomen. Hierbij geldt dat beantwoording van deze vraag een kwestie van uitleg van de overeenkomst is.²⁸

Schuldeisers aan wie het aanbod voor de minnelijke schuldregeling niet is gedaan zijn, anders dan bij wettelijke akkoorden (art. 157 en 340 lid 2), niet gebonden. Zij zijn immers geen partij geworden bij de met andere schuldeisers tot stand gekomen meerpartijenovereenkomst.

5.2.3 *De ontstaansgeschiedenis van art. 287a*

Eén van de doelstellingen van de schuldsaneringsregeling was het stimuleren van het tot stand komen van een minnelijke schuldregeling tussen de schuldenaar en zijn schuldeisers. Al kort na invoering van de schuldsaneringsregeling bleek dat genoemde doelstelling niet gehaald werd. De bereidheid van schuldeisers met een minnelijke schuldregeling in te stemmen nam met de invoering van de schuldsaneringsregeling zelfs zeer sterk af. Die afnemende bereidwilligheid hing onder meer samen met het grote vertrouwen dat schuldeisers hadden (en hebben) in de bewindvoerder en het toezicht op die bewindvoerder door rechters-commissarissen. Het wettelijke traject pakte in sommige gevallen bovendien gunstiger uit voor schuldeisers dan het minnelijke traject.²⁹ Dit hield vaak verband met de liquidatie van vermogensbestanddelen in de schuldsaneringsregeling,

²⁵ Soms wordt een langere termijn genomen.

²⁶ A.R. van der Winkel, ‘Een liquidatieakkoord in een schuldsaneringsregeling’, *TvS* 2000/5, p. 1 e.v.

²⁷ HR 30 januari 1920, *NJ* 1920/232.

²⁸ Soedira, diss. 2011, p. 262 e.v.

²⁹ Het slagingspercentage in het minnelijke traject daalde sterk. Genoemd wordt een percentage van 53% in 1992 en nog slechts 20% in 2002, zie Schruer, ‘Wspn: toekomst minnelijk en wettelijk traject’ (Verslag congres 17 juni 2003- Amsterdam), *TvS* 2003/4, p. 7.

welke liquidatie in een minnelijk traject vaak achterwege blijft. Uit het onderzoek van Huls en Schellekens bleek dat schuldeisers er soms op uit leken te zijn de schuldsaneringsregeling te gebruiken om hun schuldenaren dwars te zitten, als straf voor de financiële schade die ze hadden veroorzaakt.³⁰ Deze en andere knelpunten kwamen al bij een eerste evaluatie van de wet in 2001³¹ naar voren en werden vanaf begin 2003 steeds sterker voelbaar.³² Daarop is door de minister een spoedadvies aan een subcommissie van de commissie insolventierecht gevraagd. De commissie kwam in haar advies onder meer tot de conclusie dat een (duidelijker) uitgangspunt moest zijn dat de schuldenproblematiek de verantwoordelijkheid is van schuldenaren én van schuldeisers.³³ Van de schuldeiser mag, aldus de commissie, worden verlangd dat hij het minnelijke traject een serieuze kans geeft en niet op onredelijke gronden medewerking aan een aangeboden schuldregeling weigert. De (sub)commissie heeft tegen die achtergrond aangedrongen op een gedwongen schuldregeling, zoals voorgesteld in artikel 287a³⁴ en zoals bepleit in de literatuur.³⁵ Art. 287a dient aldus het minnelijke traject verder te versterken.

Kern van het artikel is het in lid 5 genoemde criterium: 'De rechtbank wijst het verzoek toe indien de schuldeiser in redelijkheid niet tot weigering van instemming met de schuldregeling heeft kunnen komen, in aanmerking genomen de onevenredigheid tussen het belang dat hij heeft bij uitoefening van de bevoegdheid tot weigering en de belangen van de schuldenaar of van de overige schuldeisers die door die weigering worden geschaad.'

Vergelijking van deze tekst met art. 3:13 BW leert dat dit criterium grotendeels overeenkomt met lid 2 van die bepaling (art. 3:13 BW) waarin is omschreven in welke gevallen sprake is van misbruik van bevoegdheid. De tekst van art. 3:13 lid 2 luidt als volgt: 'Een bevoegdheid kan onder meer worden misbruikt (...) in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.' Waar art. 3:13 lid 2 BW de door de uitoefening van de bevoegdheid geschade belangen in zijn algemeenheid vermeldt, worden in art. 287a de belangen van de schuldenaar of van de overige schuldeisers genoemd. Dit kan worden gezien als een concretisering van die in 3:13 lid 2 BW in het algemeen omschreven, geschade belangen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt niet waarom er staat: 'de belangen van de schuldenaar of van de overige schuldeisers'. Met het woord 'of' wordt mijns inziens tot uitdrukking gebracht dat bedoelde onevenredigheid hetzij het belang van de schuldenaar hetzij die van de overige schuldeisers kan betreffen.

30 Huls & Schellekens, *Je ziet de gaten in hun handen: de eerste ervaringen van rechtbanken en gerechtshoven met de toepassing van de Wet schuldsanering natuurlijke personen*, Lemma 2001, p. 44.

31 Jungmann, Niemeijer & Ter Voert, *Van schuld naar schone lei. Evaluatie Wet Schuldsanering natuurlijke personen*, 's-Gravenhage 2010: WODC- reeks Onderzoek & Beleid nummer 192 (zie voor tekst op www.wodc.nl). Zie M. ter Voert c.s., 'Van schuld naar schone lei: de Wsnp geëvalueerd', *TvS* 2001/3, p. 1 e.v.

32 Aldus de bewindsman in de MvT, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 942 nr. 3 p. 1 en 2. Zie ook: A.M.J. Buchem-Spapens & Th. A. Pouw, *Faillissement, surseance van betaling en schuldsanering*, Monografieën Privaatrecht 2 2008, p. 123.

33 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 258, nr. 6.

34 In feite betrof dit een beleidsvoornemen dat al naar aanleiding van de eerste evaluatie van de Wsnp (WODC rapport «Van schuld naar schone lei» uit 2001, p. 68071 en 188) is genoemd. De minister heeft invoering daarvan toegezegd in zijn brief van 27 februari 2002 (*Kamerstukken II* 2001/02, 28 258, nr. 1, p. 4).

35 Zie onder andere: B.J. Engberts, 'Het eerste lustrum van de Wsnp: geen feeststemming (2)', *TvS* 2004/2, p. 14 e.v. en E.J. Cillekens, 'Dwangakkoord in de minnelijke regeling', *TvS* 2003/5, p. 1 e.v.

Er is uitdrukkelijk voor gekozen de regeling van 287a niet verder uit te werken en dus geen nadere criteria te noemen. Wel is – onder verwijzing naar twee uitspraken in kort geding³⁶ – een groot aantal uit de kortgedingjurisprudentie afkomstige, van belang zijnde omstandigheden opgesomd.³⁷ Het gaat om de volgende omstandigheden:

- a. Is het schikkingsvoorstel door een onafhankelijke en deskundige partij getoetst (bijvoorbeeld een gemeentelijke kredietbank)?
- b. Is het schikkingsvoorstel goed en betrouwbaar gedocumenteerd?
- c. Is voldoende duidelijk gemaakt dat het aanbod het uiterste is waartoe de schuldenaar financieel in staat moet worden geacht?
- d. Biedt het alternatief van faillissement of schuldsanering enig uitzicht voor de schuldenaar?
- e. Biedt het alternatief van faillissement of schuldsanering enig uitzicht voor de schuldeiser? Hoe groot is de kans dat de weigerende schuldeiser dan evenveel of meer zal ontvangen?
- f. Is aannemelijk dat gedwongen medewerking aan een schuldregeling voor de schuldeiser concurrentieverstorend werkt?
- g. Bestaat er precedentwerking voor vergelijkbare gevallen?
- h. Wat is de zwaarte van het financiële belang dat de schuldeiser heeft bij volledige nakoming?
- i. Hoe groot is het aandeel van de weigerende schuldeiser in de totale schuldenlast?
- j. Staat de weigerende schuldeiser alleen naast de overige met de schuldregeling instemmende schuldeisers?
- k. Is er eerder een minnelijke of een gedwongen schuldregeling geweest die niet naar behoren is nagekomen?

Er zijn niet bij voorbaat categorieën van schuldeisers uitgesloten, noch is er voor bepaalde categorieën schuldeisers een bijzondere regeling opgenomen.³⁸ Het verzoek moet worden gedaan in het Wsnp-verzoek zelf. De minister heeft meermalen benadrukt dat een compleet verzoek moet worden ingediend.³⁹

Dwang bij deelname aan een akkoord kende de Faillissementswet al. Met de invoering van de schuldsaneringsregeling in 1998 werd de mogelijkheid van een door de rechter bevolen (dwang)deelname aan een schuldregeling geïntroduceerd in de Faillissementswet. Op grond van art. 332 lid 3 kan de rechter-commissaris bij beschikking namelijk een in een schuldsaneringsregeling aangeboden akkoord vaststellen als ware het aangenomen. Hij is daartoe bevoegd als (a) drie vierde van de schuldeisers van vorderingen waaraan voorrang is verbonden en drie vierde van de concurrente schuldeisers voor het akkoord hebben gestemd; en (b) de verwerping van het akkoord het gevolg is van het tegenstemmen van een of meer schuldeisers die, alle omstandigheden in aanmerking genomen en in het bijzonder het percentage dat die schuldeisers, zou de toepassing van de schuldsaneringsregeling worden voortgezet, naar

36 Rb. Almelo 4 februari 1998, *LJN* AG3324, *JOR* 1998, 66, m.nt. Soedira en Rb. Zwolle-Lelystad 2 februari 2001, *LJN* AH8399, *KG* 2001, 136.

37 *Kamerstukken II* 29 942, nr. 3, p. 18.

38 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 942, nr. 7, p. 76.

39 *Kamerstukken I* 2006/07, nr. C, p. 6 en *Handelingen I* 2006/07, 30, p. 957.

verwachting aan betaling op hun vorderingen zullen ontvangen, in redelijkheid niet tot dit stemgedrag hebben kunnen komen. De wetgever is tot deze mogelijkheid gekomen doordat in de praktijk soms een enkele schuldeiser het aannemen van een akkoord kan blokkeren. De minister verwees destijds, bij de toelichting op het voorgestelde art. 332, naar jurisprudentie inzake een vordering tot deelname aan een minnelijke schuldregeling, welke jurisprudentie de wetgever nadien inspireerde tot de introductie van art. 287a.⁴⁰ Er zijn enkele uitspraken waarin de rechter art. 332 lid 3 toepast.⁴¹ Benedictus stelt voor de stemming in twee groepen – die van de concurrente schuldeisers en die van de preferente schuldeisers – los te laten en ook over een tijdens de schuldsaneringsregeling aangeboden akkoord in één groep te stemmen.⁴² Een voortgaande wisselwerking tussen beide regelingen/praktijken valt aldus waar te nemen.

Als een 287a-verzoek wordt toegewezen, beveelt de insolventierechter de schuldeiser met de schuldregeling in te stemmen. Art. 287a lid 5 verklaart daarbij art. 3:300 BW van toepassing. Op grond van deze bepaling kan de rechter op vordering van een gerechtigde bepalen dat diens uitspraak dezelfde kracht heeft als een akte van de schuldeiser die tot de rechtshandeling is gehouden. De van toepassing verklaring van art. 3:300 BW betekent dat het vonnis van de insolventierechter in de plaats komt van de instemming van de schuldeiser.

Op het moment dat wetsvoorstel 29 942 (met daarin art. 287a) aanhangig was bij de Tweede Kamer wees de Hoge Raad een arrest waaruit een zeer terughoudende opstelling ten aanzien van vorderingen tot het opleggen van een gedwongen schuldregeling blijkt. In dit zogeheten Payroll-arrest van de Hoge Raad van 12 augustus 2005⁴³ ging het om een ondernemer, G., die na staking van zijn onderneming nog een schuldenlast van ongeveer € 470.000,- had. Hij deed een aanbod aan zijn schuldeisers inhoudende dat 6,99% van de hoofdsom zou worden betaald tegen finale kwijting. Van de 51 schuldeisers weigerden tien op dit aanbod in te gaan. Eén van hen was de besloten vennootschap Directors Cast & Crew Payroll Services BV (Payroll). G. vorderde vervolgens in kort geding dat Payroll zou worden bevolen akkoord te gaan met voornoemd aanbod. Die vordering werd door de voorzieningenrechter en het hof afgewezen, waarna G. beroep in cassatie instelde. Deze casus is niet direct vergelijkbaar met een 287a-verzoek nu slechts één van de tien weigerende schuldeisers in rechte werd betrokken. Toch is het arrest van de Hoge Raad van groot belang omdat de Hoge Raad in zeer algemene bewoordingen overweegt onder welke omstandigheden een schuldeiser wel (en niet) kan worden gedwongen in te stemmen met een door de schuldenaar aangeboden akkoord. Het arrest spreekt voor zich en is zo duidelijk dat enkele passages daaruit worden geciteerd:

‘(...) Bij een buitengerechtelijk akkoord als het onderhavige, op de totstandkoming waarvan de gewone regels van het verbintenissenrecht van toepassing zijn, staat het een schuldeiser in beginsel vrij het hem door de schuldenaar

40 *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 54.

41 Per 15 januari 2005 (Wet van 24 november 2004, Stb. 2004, 615) heeft de rechter-commissaris bij faillissementsakkoorden eveneens een vaststellingsbevoegdheid (in de zin van art. 332 lid 4), zie art. 146.

42 Benedictus, ‘Reorganisatie onderneming via Wsnp. Deel 3: Aanbieding akkoord’, *WP*, 2011/04, p. 19.

43 HR 12 augustus 2005, *LJN* AT7799, *NJ* 2006/230, m.nt. P. van Schilfgaarde. Zie voorts C.M. Harmsen, noot bij HR 12 augustus 2005, *JOR* 2005, 257, *TvI* 2006, 22, p. 103 en B. Wessels, Buitengerechtelijk Schuldeisersakkoord, in: ‘10 jaar «JOR» Alsnog geannoteerd’, Den Haag, SDU, 2006, p. 182 e.v.

aangeboden akkoord – dat inhoudt dat hij slechts een (beperkt) deel van zijn vordering betaald krijgt en voor het restant afstand doet van zijn recht op voldoening – te weigeren. Dit kan uitzondering lijden indien de uitoefening van deze bevoegdheid wordt misbruikt (art. 3:13 BW) en de schuldeiser aldus naar redelijkheid aanvaarding van het aanbod niet had kunnen weigeren. (...) Tegenover het belang van de schuldeiser bij voldoening van zijn vordering door verhaal op alle goederen van zijn schuldenaar, zal het belang van de schuldenaar dat door de instemming van de in het geding betrokken schuldeiser met het akkoord de mogelijkheid bestaat dat een faillissement, surseance van betaling of schuldsaneringsregeling wordt voorkomen doorgaans niet zwaar genoeg wegen, terwijl in beginsel van de individuele schuldeiser niet behoeft te worden gevergd dat deze het belang laat prevaleren dat de schuldenaar beoogt te behartigen, namelijk dat hij (sneller) van zijn bestaande schuldenlast wordt bevrijd indien alle schuldeisers met het buitengerechtelijk akkoord instemmen. Daarbij moet worden bedacht dat tot de belangen die aan de zijde van de schuldeiser een rol kunnen spelen behoort dat bij een buitengerechtelijk akkoord de waarborgen ontbreken die de Faillissementswet biedt met betrekking tot de vaststelling van en het toezicht op de vermogenspositie van de schuldenaar door de curator of de bewindvoerder en de rechter-commissaris.

Uit het voorgaande volgt dat bij de toewijzing van een vordering tot medewerking aan een buitengerechtelijk akkoord terughoudendheid geboden is en dat slechts onder zeer bijzondere omstandigheden plaats kan zijn voor een bevel aan een schuldeiser om aan de uitvoering van een hem aangeboden akkoord mee te werken. Het ligt in beginsel op de weg van de schuldenaar die zodanige medewerking in rechte wenst af te dwingen de specifieke feiten en omstandigheden te stellen en, zo nodig, te bewijzen, waaruit kan worden afgeleid dat de schuldeiser naar redelijkheid niet tot weigering van instemming met het akkoord heeft kunnen komen.’

De Hoge Raad gaf aldus in zeer algemene en duidelijke bewoordingen aan dat een schuldeiser niet snel misbruik van bevoegdheid maakt als hij een aanbod voor een minnelijke schuldregeling afslaat. Over het Payroll-arrest in relatie tot art. 287a zijn tijdens de parlementaire behandeling van wetsontwerp 29 942 vragen gesteld. De minister heeft onder meer geantwoord dat het Payroll-arrest niet zou zijn gebaseerd op de regeling uit het wetsvoorstel maar op het algemene leerstuk van misbruik van bevoegdheid op basis van art. 3:13 BW.⁴⁴ Dat is op zich zelf wel juist, maar het criterium in art. 287a lid 5 is inhoudelijk vrijwel gelijk aan dat van art. 3:13 BW. Controlemiddelen als de postblokkade en het huisbezoek passen volgens de minister niet bij een meerpartijenovereenkomst als de minnelijke schuldregeling, aangezien die diep ingrijpen in de privacy van de schuldenaar. De schuldhulpverlener heeft het, aldus de minister, voor een belangrijk deel zelf in de hand dat het voorstel goed en betrouwbaar gedocumenteerd is en voldoende onderbouwd is dat het een uiterst aanbod is.⁴⁵ Daarmee is echter niet duidelijk geworden hoe controle plaatsvindt op de activa (bezittingen) en passiva (schuldenlast) van de schuldenaar.

⁴⁴ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 942, nr. 7, p. 76.

⁴⁵ *Kamerstukken I* 2006/07, 29 942, nr. C.

De minister heeft op vragen over het Payroll-arrest voorts gewezen op het feit dat de rechter bij verzoeken ex art. 287a over een volledig Wsnp-verzoek zou beschikken en koppelde daaraan de verwachting (en hoop) dat de insolventierechter tegen de achtergrond van een Wsnp-verzoek en met zijn kennis van de schuldenproblematiek meer ruimte zou zien om tot toewijzing van een verzoek tot oplegging van een schuldregeling over te gaan.⁴⁶

Nethe heeft uit de parlementaire behandeling afgeleid dat de wetgever, door aansluiting te zoeken bij de jurisprudentie gewezen vóór het Payroll-arrest, zich niet heeft willen conformeren aan de strenge door de Hoge Raad geformuleerde maatstaf voor toewijzing van een verzoek tot het opleggen van een dwangregeling.⁴⁷ Uit de hierna te bespreken jurisprudentie blijkt dat de verwachting van de minister dat de insolventierechter ruimte zou zien voor toewijzing van 287a-verzoeken vooralsnog is uitgekomen.⁴⁸

5.3 De bevoegde rechter

In de praktijk is dit de insolventierechter bij de rechtbank van de woonplaats van de schuldenaar. Kortheidshalve wordt verder verwezen naar hetgeen over de bevoegdheid van de rechter is uitgewerkt in par. 3.3.

5.4 De procedure

5.4.1 Voorfase

5.4.1.1 HET OPSTELLEN EN DOEN VAN EEN AANBOD

Noch art. 287a noch het Procesreglement insolventiezaken bevat regels of voorschriften over de totstandkoming van het minnelijk aanbod zelf. Er is geen voorgeschreven, uniforme wijze voor het vaststellen van de activa (bezittingen) en passiva (schulden), laat staan dat is beschreven op welke wijze eventuele activa te gelde gemaakt moeten worden. Evenmin is voorgeschreven welke informatie bij het schuldsaneringsvoorstel aan de schuldeisers gegeven moet worden. In artikel 5.6 van de Gedragscode Schuldregeling van de NVVK, de (beroeps)organisatie op het gebied van schuldhulpverlening, staat slechts dat een voorstel wordt gedaan.

46 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 942, nr. 7, p. 39 en 41 (NV). Zie ook Lammers, *GS Faillissementswet*, art 287a, aant. 9.1.4.1: 'Het lijkt erop dat de minister vermoedt dat de rechtspraak op basis van art. 287a anders zal zijn dan die op grond van art. 3:13 BW'.

47 Nethe in haar noot in *TvJ* bij HR 9 juli 2010, *LJN* BM3975, *NJ* 2010/648, m.nt. Verstijlen, *TvJ* 2010, 29 (m.nt. M.Y). Salomons acht de Hoge Raad in het Payroll-arrest te streng: Salomons 2008, p. 254. Zie A.L. Smit, 'Wordt het wat met dat dwangakkoord?', *TvS* 2008/1, p. 2.

48 Zie R.H.C. Jongeneel, 'Nieuw: moratorium en dwangakkoord,' *TvS* 2008/6, p. 10 e.v. Dit is een jurisprudentieoverzicht. In gevallen waarin een schuldenaar in kort geding een schuldeiser tot medewerking wil dwingen lijkt het Payroll-arrest soms wel als uitgangspunt te gelden. Zie bijvoorbeeld Rb. Maastricht 9 maart 2011, *LJN* BP7861, Hof Leeuwarden 16 oktober 2012, *LJN* BY0514, 23 oktober 2012, *LJN* BY1271 en 11 december 2012, *LJN* BY7474. Anders bijvoorbeeld Rb. Alkmaar 15 juni 2006, *LJN* AX8633, *NJF* 2006/549, Rb. Arnhem 7 september 2010, *LJN* B6823, Rb. Zwolle 10 november 2011, *LJN* BV8197, *JOR* 2012, 232.

Het aanbod wordt in de praktijk vrijwel steeds aan alle bekende schuldeisers gedaan waarbij aan de preferente schuldeisers het dubbele (percentage van hun vorderingen) wordt geboden van hetgeen aan de concurrente schuldeisers wordt geboden. Dit is evenmin voorgeschreven. Zo kan bijvoorbeeld aan bepaalde schuldeisers een lager of hoger aanbod worden gedaan of kan bijvoorbeeld worden aangeboden dat gemaakte incasso- en proceskosten geheel worden voldaan en van de hoofdsom een percentage.⁴⁹ Over eventuele afwijking van de gelijke behandeling van schuldeisers zullen alle schuldeisers uiteraard geïnformeerd moeten worden. Als die openheid niet betracht wordt, kan een schuldeiser het akkoord nadien aantasten wegens een wilsgebrek. Te denken valt dan aan dwaling (art. 6:228 BW) en bedrog (art. 3:44 BW).

Indien een 287a-verzoek wordt gedaan, zal het aanbod veelal worden gelegd naast de in een schuldsaneringsregeling te verwachten opbrengst. Daarin geldt – met enkele hier niet van belang zijnde uitzonderingen zoals studieschulden (art. 299a) en strafrechtelijke schulden (art. 358) – een gelijke behandeling (paritas creditorum) van schuldeisers.⁵⁰ Daarom geldt die paritas creditorum in de praktijk tevens in het minnelijke traject. Het lijkt wel mogelijk een groep schuldeisers iets meer te bieden dan hetgeen een schuldsaneringsregeling naar verwachting opbrengt. Het voert te ver om hier in te gaan op dit verschil tussen hetgeen buiten – vlak voor – een insolventieprocedure geldt en de prominente plaats die de paritas creditorum in insolventieprocedures inneemt.⁵¹

Vooral bij ex-ondernemers blijkt het lastig een goed gedocumenteerd verzoek voor een minnelijke schuldregeling te doen, vooral als de ondernemer geen jaarstukken heeft opgesteld.⁵² Ter illustratie dient een uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant.⁵³ De rechtbank overwoog daarin dat verzoeker niet, dan wel onvoldoende inzichtelijk had gemaakt dat hij de waarde van de activa van zijn onderneming in zijn geheel bij het bod had meegenomen. Verzoeker had desgevraagd enkel aangegeven dat bij het bod was meegenomen het bedrag, dat hij op de derdengeldrekening van zijn advocaat had gestort en hoofdzakelijk de verkoopopbrengst van één vrachtwagen betrof. Uit een e-mailbericht dat bij de stukken zat, leidde de rechtbank echter af dat het maar de vraag was of verzoeker bij beëindiging van zijn onderneming alleen één vrachtwagen had verkocht. Het leek erop dat hij tevens zijn onderneming had verkocht aan degene die tevens zijn werkgever was geworden.

Schuldhulpverleners hebben voorts moeite met het onderscheid tussen in gemeenschap van goederen getrouwde schuldenaren en schuldenaren bij wie geen sprake is van een dergelijke gemeenschap zoals ongehuwde samenwoners. Zij hebben de neiging om (ook) bij samenwoners alle schulden op één hoop te gooien.⁵⁴

Het voorstel lijkt niet ‘goed en betrouwbaar gedocumenteerd’ als bij het doen van een prognoseaanbod geen rekening is gehouden met het nadien oplopen van

49 Rb. Utrecht 28 juni 2012, *LJN* BX0521: 12% van de hoofdsom en 100% van de incassokosten.

50 Vgl. Rb. Midden-Nederland 13 juni 2013, *LJN* CA3511: één van de schuldeisers was – ten onrechte volgens de rechtbank – buiten de schuldregeling gehouden.

51 Zie hierover B. Wessels, ‘Moeten schuldeisers altijd gelijk behandeld worden?’, *NJB* 2010, p. 334 e.v.

52 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 27 februari 2013, *LJN* BZ4792.

53 Rb. Oost-Brabant, 1 augustus 2013, *ECLI:NL:RBOBR:2013:4449*.

54 Bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 11 juli 2013, *ECLI:NL:RBMNE:2013:2765*.

schulden in het minnelijke traject en het alsnog moeten verwerken in het voorstel van lopende alimentatieverplichtingen.⁵⁵ Hetzelfde lijkt te gelden als er geen rekening mee is gehouden dat de schuldenaar slechts een tijdelijke, kortlopende arbeidsovereenkomst heeft.⁵⁶

Complicerend is voorts dat soms in de loop van de tijd een nieuw, gewijzigd aanbod voor een minnelijke schuldregeling wordt gedaan. Uit een uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant blijkt dat de met het eerste aanbod instemmende schuldeisers niet zo maar geacht worden met het tweede aanbod te hebben ingestemd, zelfs niet als dat op het eerste gezicht gunstiger lijkt.⁵⁷ In deze uitspraak was het te betalen percentage in het tweede aanbod hoger, maar was het eerste aanbod een zogeheten prognoseakkoord en het tweede aanbod een liquidatieakkoord houdende een betaling ineens. Vergelijken is dan lastig.

Een andere vraag is welke informatie schuldeisers bij het doen van het aanbod voor een minnelijke schuldregeling van de (schuldhulpverlener van de) schuldenaar ontvangen. In mijn onderzoek is gebleken dat dit van geval tot geval sterk verschilt. Zo zijn er schuldhulpverleners die zich beperken tot het doen van een aanbod waarbij de totale schuldenlast wordt vermeld. Er zijn anderzijds schuldhulpverleners die daarnaast het inkomen van de schuldenaar vermelden en een berekening van het vrij te laten bedrag bijvoegen.⁵⁸ Over het algemeen worden de schulden niet gespecificeerd en wordt geen informatie gegeven over de bezittingen van de schuldenaar.

De terughoudendheid bij het verstrekken van informatie aan schuldeisers wordt verdedigd met het argument dat een schuldenaar die een overzicht van zijn schulden geeft, de kans loopt dat een schuldeiser die informatie gebruikt om het faillissement aan te vragen. Uit gesprekken met schuldhulpverleners is gebleken dat die kans niet denkbeeldig is. Het is echter de vraag of een schuldeiser op basis van een aanbod voor een minnelijke schuldregeling niet reeds erkent dat hij in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen alsook dat er sprake is van een, zij het niet nader omschreven, pluraliteit van schuldeisers zoals de jurisprudentie voor een toewijzing van een faillissementsverzoek eist.⁵⁹ Los daarvan geldt dat een schuldeiser recht heeft op alle relevante informatie. In een arrest van de Hoge Raad uit 1999 kwam aan de orde of een schuldeiser die niet over (relevante) informatie beschikt misbruik kan maken van zijn bevoegdheid door niet met het schuldregelingsaanbod in te stemmen.⁶⁰ Deze zaak betrof de voormalige accountant van een onderneming in financiële problemen, KWI genaamd. Deze accountant had tot midden 1995 accountantswerkzaamheden voor KWI verricht. Bij verstekvonnis van 7 maart 1996 was KWI veroordeeld om de accountant ongeveer fl. 7.500,- te betalen. Inmiddels had de nieuwe aandeelhoudster van KWI de schuldeisers een buitengerechtelijk akkoord aangeboden, onder meer inhoudende dat de concurrente schuldeisers 15% van hun vordering werd aangeboden. De accountant reageerde niet op dit (tot tweemaal

55 Rb. Rotterdam 31 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9020.

56 Hof Arnhem Leeuwarden 17 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5724.

57 Rb. Zeeland-West-Brabant 21 maart 2013, *L/JN* BZ6966.

58 Dit is van belang voor de berekening van de hoogte van het – in vergelijking met de afdracht in een schuldsaneringsregeling – aanbod dat gedaan moet worden.

59 Willems/Van Sint Truiden 2014, (T&C In), art. 6, aant. 5.

60 HR 21 mei 1999, *NJ* 1999/507, *JOR* 1999, 213, m.nt. A.D.W. Soedira.

toe gedane) aanbod waarna het genoemde percentage werd uitbetaald. Een paar maanden later, in oktober 1996, legde de accountant executoriaal derdenbeslag op bankrekeningen van KWI. In kort geding werd opheffing van die beslagen gevorderd. Het hof oordeelde dat de accountant niet met het aanbod had ingestemd en verwierp tevens het subsidiair door KWI gedane beroep op rechtsverwerking of misbruik van recht en wees de vordering van KWI (alsnog) af. Het hof overwoog daarbij onder meer dat niet aannemelijk was geworden dat de accountant had moeten beseffen dat de financiële situatie van KWI zozeer was verslechterd dat haar faillissement dreigde en dat de crediteuren alsdan met minder dan met het in het kader van het buitengerechtelijk akkoord aangeboden percentage genoeg zouden moeten nemen. In cassatie werd aangevoerd dat het er niet om ging of de accountant moest beseffen dat het faillissement van KWI dreigde maar of er objectief een onevenredigheid tussen diens belangen en die van derden zoals KWI bestond. De Hoge Raad verwierp dat standpunt en overwoog voorts: 'Waar in art. 3:13 lid 2 BW is bepaald dat van misbruik van bevoegdheid sprake is in een geval waarin men, in aanmerking nemend de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening heeft kunnen komen, heeft de wet het geval op het oog waarin degene die de bevoegdheid uitoefent, de bedoelde onevenredigheid kent of behoort te kennen.'

Uit deze uitspraak van de Hoge Raad volgt dat de vraag welke informatie de weigerende schuldeiser krijgt van invloed is op de beoordeling van 287a-verzoeken. Het in lid 5 genoemde criterium komt immers overeen met art. 3:13 lid 2 BW waarin is omschreven in welke gevallen sprake is van misbruik van een bevoegdheid. Dit betekent dat de schuldenaar bij het voorstel een volledig overzicht van de activa en passiva moet geven.⁶¹ Voorts dient te worden aangegeven op welke wijze eventuele passiva te gelde zijn gemaakt. De vergelijking met het aanbieden van een insolventieakkoord dringt zich daarbij op. Uit de jurisprudentie met betrekking tot die akkoorden blijkt dat degene die het akkoord aanbiedt gehouden is de schuldeiser goed te informeren. In een zaak die leidde tot een uitspraak van Hof Amsterdam waren twee schuldeisers in hoger beroep gekomen van de beschikking van de rechtbank waarbij het aangeboden en aangenomen akkoord in het faillissement van hun debiteur was gehomologeerd.⁶² De twee schuldeisers voerden aan dat er voorafgaand aan en tijdens het faillissement sprake was geweest van onregelmatigheden en dat het akkoord niet transparant was wegens onduidelijkheden over de boedelafdrachten door de gefailleerde en dat sprake was van bedrog of benadeling van de boedel omdat de verdien capaciteit van de gefailleerde (bij voortzetting van het faillissement) aanzienlijk hoger zou zijn. Het hof stelde vast dat ten aanzien van de boedelafdrachten geen maximale transparantie was betracht en dat het akkoord op onzorgvuldige wijze tot stand was gekomen. Dit leidde tot weigering van de homologatie van het akkoord.

⁶¹ Van der Heiden 2001, p. 6, Van der Heiden 1997, p. 657, onder verwijzing naar Rb. Groningen 6 september 1994, *NJ* 1994/369 en HR 20 september 1991, *NJ* 1992/552, m.nt. J.B.M. Vranken. Uit kortgedingjurisprudentie van vóór 1 januari 2008 blijkt dat weliswaar geen volledige rekening en verantwoording over de besteding van inkomsten hoeft te worden afgelegd maar dat wel inlichtingen over de inkomens- en vermogenspositie en de voor verhaal vatbare goederen verschaft moet worden.

⁶² Hof Amsterdam 2 december 2010, *LJN* BO6426.

Bij het aanbieden van een akkoord in de schuldsaneringsregeling geldt dat de bewindvoerder zowel bij neerlegging van het akkoord (art. 329 lid 6) als bij neerlegging van de schuldenlijsten (art 328 j° 115) de schuldeisers daarover dient te informeren. De bewindvoerder dient volgens richtlijn 3.1 van de Recofarichtlijnen 2009 de schuldeisers te informeren over de inhoud van het akkoord en hij dient ‘gemotiveerd aan te geven’ of het akkoord naar verwachting een hogere of gelijke uitkering vertegenwoordigt dan bij continuering van de schuldsaneringsregeling. ‘Gemotiveerd aangeven’ kan worden opgevat als het actief verstrekken van gegevens waardoor schuldeisers zich een oordeel kunnen vormen over het aangeboden akkoord. Naast een berekening van het vrij te laten bedrag volgens het Rapport van de werkgroep rekenmethode Recofa (richtlijn 3.8 onder a van de Recofarichtlijnen 2009) is het aan te bevelen tevens een nadere toelichting te verstrekken. De Rechtbank Roermond maakte in een uitspraak uit 2001 korte metten met de bewindvoerder die schuldeisers onvoldoende informeerde.⁶³ In die zaak had de bewindvoerder zich bij de informatieverstrekking aan schuldeisers beperkt tot de mededeling dat het ontwerpakkoord bij de griffie ter inzage was neergelegd. Voorts had hij meegedeeld welk deel van de vordering met (de aanvaarding van) het akkoord zou worden voldaan.

De vraag of de schuldenaar (of in diens plaats de bewindvoerder) de schuldeisers voldoende heeft geïnformeerd over het akkoord speelt niet alleen tijdens de behandeling van het akkoord vooraf aan de stemming, maar is ook relevant voor de homologatie (goedkeuring) ervan door de rechtbank. Zo hield de Rechtbank Alkmaar de homologatiezitting aan omdat uit de stukken niet bleek dat schuldeisers voldoende waren geïnformeerd.⁶⁴

De vraag welke informatie in het minnelijke traject aan de schuldeisers is verstrekt speelt in de 287a-jurisprudentie nagenoeg geen rol. Uit twee arresten van Hof Arnhem (2008) en Hof 's-Hertogenbosch (2013) kan worden afgeleid dat pas bij het indienen van een 287a-verzoek alle informatie behoeft te worden gegeven en dat de rechter het 287a-verzoek op basis van de dan voorliggende informatie beoordeelt. In het arrest van Hof Arnhem was de weigerende schuldeiser in beroep gekomen van de beslissing van de rechtbank op het 287a-verzoek. Het hof beschikte niet over het complete dossier.⁶⁵ Hij had het dossier daarom opgevraagd bij de advocaat van de verzoeker/schuldenaar en daarbij verzocht een kopie aan de schuldeiser te zenden. Dat was nog niet gebeurd en het hof overwoog: ‘(...) In een zaak als de onderhavige is het hof van oordeel dat de (oorspronkelijke) verzoekers als de meest gerede partij moeten worden aangemerkt om de stukken over te leggen. (...) De weigerende schuldeiser zal – mogelijk – niet over alle stukken (kunnen) beschikken en hij zal in zijn verweerschrift vooral zijn eigen belangen naar voren willen en moeten brengen, afgezet tegen die van de schuldeisers die met het akkoord hebben ingestemd. Naar het oordeel van het hof dient in eerste aanleg direct een compleet aanvraagdossier aan de rechtbank te worden overgelegd en kan niet worden volstaan met het enkel ter inzage geven van dat aanvraagdossier aan de rechtbank (...) Het ijkpunt is daarbij het moment waarop het verzoekschrift

63 Rb. Roermond 30 juni 2001 (niet gepubliceerd).

64 Rb. Alkmaar 30 januari 2003, *LJN* AO6400.

65 Hof Arnhem 10 juli 2008, *LJN* BD6836.

wordt ingediend. Dan kan inzicht worden verkregen in de financiële posities van alle betrokkenen en kan een juiste belangenafweging plaatsvinden. Tevens kan de weigerende schuldeiser bij de voorbereiding van zijn verweerschrift met de inhoud van het aanvraagdossier rekening houden, in het bijzonder met de positie en belangen van de schuldenaar of schuldenaren en die van de overige schuldeisers.’

Het hof ziet dus onder ogen dat de schuldeiser tijdens het minnelijke traject niet over alle stukken zou beschikken en dus zijn eigen belangen naar voren zou brengen. Het hof oordeelde verder dat de schuldeiser bij behandeling van een 287a-verzoek wel over het volledige dossier moet beschikken en dat hij bij de voorbereiding van de zaak als het ware tot een finaal standpunt kon komen. Hof 's-Hertogenbosch lijkt in een uitspraak uit 2013 dezelfde gedachtegang te volgen.⁶⁶ In die uitspraak wordt er de nadruk op gelegd dat de schuldenaar de rechter van volledige en goed gedocumenteerde informatie voorziet. Hiermee wordt impliciet erkend dat de schuldeiser die informatie in de voorfase niet ontvangt.⁶⁷ Dit lijkt mij niet juist. Uit het hiervoor besproken arrest van de Hoge Raad uit 1999 kan mijns inziens worden afgeleid dat de schuldeiser reeds bij het doen van het aanbod adequaat geïnformeerd moet worden.

Niet verrassend is het tot slot dat, als geen aanbod is gedaan, verzoeker niet-ontvankelijk wordt verklaard in het 287a-verzoek.⁶⁸

5.4.1.2 TOETSING AANBOD DOOR EEN ONAFHANKELIJKE EN DESKUNDIGE PARTIJ

In de jurisprudentie vóór 1 januari 2008 en in de wetsgeschiedenis bij art. 287a wordt als criterium voor toewijzing van een 287a-verzoek genoemd dat het aanbod moet zijn gedaan of zijn getoetst door een onafhankelijke en deskundige partij. In de jurisprudentie betreffende 287a-verzoeken wordt veelal verlangd dat het aanbod en de ‘onafhankelijke en deskundige’ toetsing beide door de schuldhelpverlener geschieden. Toetsing van het aanbod door een ander dan degene die het aanbod deed komt in de jurisprudentie niet voor. In de praktijk komt het daarom aan op onafhankelijkheid en deskundigheid van degene die het aanbod doet. In deze paragraaf wordt nagegaan op welke wijze deze eis in de jurisprudentie uitwerkt.

Daarvoor is allereerst belangrijk vast te stellen dat het 287a-verzoek een onderdeel vormt van een Wsnp-verzoek. Het is vaste jurisprudentie dat dit Wsnp-verzoek volledig moet zijn. Ingevolge art. 285 lid 1 onder f moet bij een Wsnp-verzoek een verklaring zijn gevoegd inhoudende dat geen minnelijke regeling tot stand is gekomen. Deze verklaring moet zijn afgegeven door een in art. 48 lid 1 Wck genoemde persoon of instelling. Dat zijn personen of instellingen, zoals gemeentelijke kredietbanken, die volgens de wetgever in

⁶⁶ Hof 's-Hertogenbosch 26 februari 2013, *LJN* BZ3524.

⁶⁷ Vgl. voorts Rb. Breda 21 februari 2011, *LJN* BP7540. De betrokken schuldeiser motiveerde zijn weigering namelijk met de stelling dat in het 287a-verzoek een deugdelijke motivering en onderbouwing van de hoogte van het aanbod ontbrak, althans dat onvoldoende onderbouwd was waarom het aanbod voor verzoekster het maximaal haalbare aanbod was. De rechtbank wees het art. 287a-verzoek wel toe en overwoog daarbij dat zij de aangeboden schuldregeling goed en betrouwbaar gedocumenteerd en voldoende onderbouwd achtte. De rechtbank lichtte dit oordeel helaas niet nader toe.

⁶⁸ Rb. Utrecht 12 juli 2012, *LJN* BX2303.

uitzondering op het verbod op schuldbemiddeling (art. 47 Wck) als schuldhulpverlener werkzaam mogen zijn. Er zijn diverse uitspraken waarin de rechter oordeelt dat de eis van een volledig Wsnp-verzoek meebrengt dat de in art. 285 lid 1 onder f genoemde verklaring bij het 287a-verzoek moet zijn gevoegd.⁶⁹ Dit lijkt mij juist omdat met de eis van het overleggen van een volledig Wsnp-verzoek is beoogd dat de insolventierechter over een volledig en betrouwbaar dossier zou beschikken. In de eis dat de verklaring van art. 285 lid 1 onder f niet door eenieder mag worden afgegeven ligt besloten dat die verklaring daarmee aan zekere kwaliteitseisen voldoet. Betekent dit dat het minnelijke traject ook moet zijn uitgevoerd door een persoon of instelling ex art. 48 lid 1 Wck? Dat volgt niet uit art. 285 lid 1 onder f, maar wel uit in art. 288 lid 2 onder b. In art. 288 zijn kort gezegd de eisen voor toelating tot de schuldsaneringsregeling opgenomen. Geldt de eis van art. 288 lid 2 onder b tevens voor toewijzing van een 287a-verzoek? In een arrest van 14 december 2012 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat toewijsbaarheid van het Wsnp-verzoek geen voorwaarde is voor de toewijsbaarheid van het 287a-verzoek.⁷⁰ Het voorschrift dat een (volledig) Wsnp-verzoek moet zijn ingediend is er, aldus de Hoge Raad in dit arrest, op gericht een efficiënte rechtsgang te bevorderen en te bewerkstelligen dat de rechter ten behoeve van de oordeelsvorming over een compleet dossier beschikt. De maatstaf van art. 287a lid 5 verwijst niet, aldus wederom de Hoge Raad, naar de in art. 288 genoemde gronden aan de hand waarvan een Wsnp-verzoek wordt beoordeeld. Dit lijkt te betekenen dat de eis dat het minnelijk traject moet zijn uitgevoerd door een persoon of instelling genoemd in art. 48 lid 1 Wck niet geldt bij de beoordeling van een 287a-verzoek. Ik meen dat die conclusie niet getrokken kan worden. De eis van art. 288 lid 2 onder b is relevant voor het 287a-verzoek. In dit eis ligt immers een zekere waarborg besloten dat het voorstel voor een minnelijke schuldregeling aan kwaliteitseisen voldoet, hetgeen ook bij de beoordeling van een 287a-verzoek van eminent belang is. Hier kan tegenover gesteld worden dat een instelling of persoon die niet is genoemd in art. 48 lid 1 Wck wel aan kwaliteitseisen kan voldoen, bijvoorbeeld door te werken volgen NEN 8048-1 en 8048-2 normen.⁷¹ Het is echter niet wel denkbaar dat een 287a-verzoek kan worden toegewezen als het aanbod in strijd met het in art. 47 Wck gegeven verbod is gedaan.

Mijn tussenconclusie is dat bij het art. 287a-verzoek niet alleen een verklaring ex art. 285 lid 1 onder moet zijn gevoegd maar dat tevens geëist moet worden dat het minnelijk traject en daarmee het aanbod voor de minnelijke schuldregeling is uitgevoerd door een persoon of instelling genoemd in art. 48 lid 1 Wck.

Het voorgaande betekent niet dat het aanbod voor een minnelijke schuldregeling steeds door een onafhankelijke en deskundige persoon of instelling is getoetst. Dit kan als volgt worden toegelicht. In art. 48 lid 1 onder b en c Wck

⁶⁹ Rb. Arnhem 21 oktober 2010, *LJN* BP1043, Rb. Arnhem 24 maart 2011, *LJN* BR1671 en Hof 's-Hertogenbosch 26 februari 2013, *LJN* BZ3524 en Rb. Gelderland 29 september 2014, *ECLI:NL:RBGEL:2014:6227*. Anders Hof Arnhem-Leeuwarden 12 september 2013, *ECLI:NL:GHARL:2013:6699*, met dien verstande dat deze uitspraak was gericht op de vraag of de eis van art. 288 lid 2 onder b (toelatingseis schuldsaneringsregeling) wel of niet gold. De vraag of de verklaring van art. 285 lid 1 onder f aan de eisen voldeed werd echter, ten onrechte, buiten beschouwing gelaten.

⁷⁰ HR 14 december 2012, *LJN* BY0966, *NJ* 2013/43.

⁷¹ Over de NEN-normen en de achtergrond ervan is meer informatie te verkrijgen via de website van Nederlands Normalisatie-instituut (www.nen.nl).

worden personen en organisaties genoemd die zich op commerciële basis met schuldbemiddeling mogen bezig houden. Het gaat onder meer om gemeenten, gemeentelijke kredietbanken, deurwaarders, registeraccountants en advocaten alsook curatoren en bewindvoerders ingevolge de Faillissementswet. Sinds 1 april 2014 worden ook beschermingsbewindvoerders en ‘boek 1 BW curatoren’ genoemd als personen die zich op commerciële basis met schuldbemiddeling bezig mogen houden. Deze in art. 48 lid 1 Wck genoemde personen en instellingen kunnen niet alle als onafhankelijke en deskundige ‘toetsers’ van het aanbod worden aangemerkt. Advocaten die voor hun cliënt een aanbod voor een minnelijke schuldregeling doen, worden blijkens de jurisprudentie inzake 287a-verzoeken niet zonder meer als onafhankelijke ‘toetsers’ gezien. Het Hof ’s-Gravenhage oordeelde dat de eigen advocaat niet als onafhankelijke partij kan worden beschouwd.⁷² Rechtbank Arnhem⁷³ en Rechtbank ’s-Gravenhage⁷⁴ oordeelden in gelijke zin en dat deed ook Rechtbank Rotterdam.⁷⁵ In laatstgenoemde uitspraak overwoog de rechtbank dat een advocaat in de eerste plaats de belangen van zijn cliënt behartigt en dat hij daarom in verzoeken ex art. 287a niet als onafhankelijke partij kan worden beschouwd.

Het is juist dat een advocaat van een schuldenaar strikt genomen niet als een onafhankelijke partij is te beschouwen. De advocaat van een schuldenaar moet immers diens belangen behartigen en niet die van de schuldeisers. Geldt dit eveneens voor de bewindvoerder die op basis van een toevoeging een 287a-verzoek namens een schuldenaar indient?⁷⁶ Uit het ontbreken van jurisprudentie ten aanzien van deze groep moet worden afgeleid dat de rechter daarin geen probleem ziet.⁷⁷ Dit kan daardoor verklaard worden dat de bewindvoerder niet steeds zelf het minnelijke traject uitvoert maar zich beperkt tot het indienen van het 287a-verzoek.

De vraag of een advocaat of (op toevoegingsbasis werkende) Wsnp-bewindvoerder als onafhankelijke partij is aan te merken wordt (veel) minder belangrijk indien de activa (bezittingen) en passiva (schulden) volgens vaste protocollen worden vastgesteld en die vaststelling met stukken wordt onderbouwd.

Een andere, minder praktische oplossing is dat de advocaat of bewindvoerder die een minnelijk traject uitvoert, het aanbod voor een minnelijke schuldregeling laat toetsen door een onafhankelijke derde zoals een (andere) persoon die regelmatig tot bewindvoerder wordt benoemd, een op dit gebied deskundige accountant of de belastingdienst. Indien de schuldenaar stelt dat hij niet (volledig) arbeidsgeschikt is,

72 Hof ’s-Gravenhage 27 oktober 2009, *LJN* BK1432. In deze zaak had het Hof tevens kritiek op het aanbod zelf en was de schuldenlast niet duidelijk.

73 Rb. Arnhem 28 december 2009, *LJN* BK9646.

74 Rb. ’s-Gravenhage 27 april 2012, *LJN* BW5573. Dit geldt volgens deze rechtbank ook voor de accountant van verzoeker.

75 Rb. Rotterdam 29 mei 2009, *LJN* BI9013.

76 Salomons meent dat voor de in art. 48 Wck genoemde bewindvoerder de eis geldt dat zij benoemd moeten zijn op grond van de Faillissementswet en dat niet voldoende is dat zij als bewindvoerder voor benoeming in aanmerking komen omdat zij, bijvoorbeeld, in het desbetreffende register van de Raad voor Rechtsbijstand te ’s-Hertogenbosch zijn opgenomen. Zie Salomons 2008, p. 250.

77 Sinds 1 januari 2013 kunnen alle ingeschreven Wsnp-bewindvoerders een toevoeging krijgen bij het aanvragen van een 287a- 287b of 287 lid 4-verzoek, zie hoofdstuk 1.

ligt het voor de hand dat een arbeidsdeskundige of bijvoorbeeld een verzekerings-geneeskundige de mate van arbeids(on)geschiktheid vaststelt.⁷⁸

Een alternatief zou ten slotte kunnen zijn om de desbetreffende advocaat of bewindvoerder of een derde door de rechtbank als deskundige te benoemen.⁷⁹ In de 287a-jurisprudentie is dit (nog) niet voorgekomen, maar wel bij de behandeling van een faillissementsverzoek (art. 6) door de Rechtbank Oost-Brabant. Deze rechtbank heeft in die procedure een deskundige benoemd om onderzoek te doen naar de vraag of de schuldenaar/verweerder in de toestand verkeerde dat zij had opgehouden te betalen.⁸⁰ Nadat de deskundige had gerapporteerd en na beoordeling van diens bevindingen ter zitting is het faillissement uitgesproken. De deskundige is vervolgens, met instemming van de schuldenaar/gefaillieerde en de schuldeiser die het faillissement verzocht, tot curator in dat faillissement benoemd. De rechtbank lijkt aldus de deskundige als een 'stille curator' te hebben bedoeld. Indien een 287a-verzoek is ingediend, is de grondslag voor een deskundigenbenoeming te vinden in analogische toepassing van art. 194 Rv. Op grond van deze bepaling kan een rechter op verzoek van een partij of ambtshalve een bevel tot een bericht of een verhoor van een deskundige bevelen. Deze bepaling geldt op grond van art. 284 Rv niet alleen in dagvaardings- maar ook in verzoekschriftprocedures. In de benoeming van een deskundige is in de Faillissementswet eveneens voorzien. Op grond van art. 291 kan de (insolventie)rechter die een Wsnp-verzoek toewijst een deskundige benoemen teneinde een onderzoek te doen naar de staat van de boedel en een verslag daarover uit te brengen. In het insolventierecht is de deskundige derhalve geen onbekende figuur.

Een deskundige zou tevens kunnen worden benoemd voorafgaand aan het doen van een aanbod in het minnelijke traject. Analogische toepassing van art. 202 Rv biedt daarvoor een basis. Op grond van art. 202 Rv kan de rechter nog vóór een zaak aanhangig is een voorlopig bericht of verhoor van een deskundige bevelen. Deze bepaling geldt eveneens in de verzoekschriftprocedure (art. 284 Rv). Een verzoek tot benoeming van een deskundige kan worden gedaan bij de insolventierechter omdat deze degene is aan wie het 287a-verzoek zal worden gedaan (art. 203 Rv). Bij benoeming van een deskundige in de 'voorfase' is nog niet zeker of een 287a-verzoek wordt gedaan. Indien dat uiteindelijk wel gebeurt, kan de insolventierechter zich bij de beslissing op het 287a-verzoek laten informeren door deze deskundige. De schadeloosstelling en het loon van de deskundige worden door de rechter vastgesteld (art. 205 j° 199 Rv). In beginsel moet een voorschot worden betaald, maar als verzoeker, hetgeen het geval zal zijn, on- of minvermogen is, betaalt de griffier ten laste van 's Rijks kas dat voorschot (art. 199 lid 3 Rv). Deze kosten zullen een belangrijk obstakel voor deze laatste oplossing vormen, indien deze door de verzoeker moeten worden betaald.

⁷⁸ Zie Noordam e.a. 2013, p. 64.

⁷⁹ Ook in de voorstellen van Vriesendorp c.s. tot invoering van een Schuldsaneringsregeling voor rechtspersonen is in de benoeming van een deskundige voorzien (art. 366): R.D. Vriesendorp, R.M. Hermans & K.A.J. de Vries, 'Wetsvoorstel tot aanpassing van de Faillissementswet door uitbreiding met titel IV', *TvI* 2013, 20.

⁸⁰ Rb. Oost-Brabant 10 december 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:7304.

5.4.2 *Dwangregeling ook ambtshalve?*

Hof Arnhem heeft geoordeeld dat de rechter niet ambtshalve toepassing aan art. 287a hoeft te geven.⁸¹ De Hoge Raad heeft het tegen dat arrest gerichte cassatieberoep verworpen met toepassing van art. 81 RO.⁸² Die vraag naar ambtshalve toepassing kan ontleend zijn aan een voorstel van de NVVK. Voorafgaand aan het wetsontwerp 29 942 heeft de NVVK voorgesteld de rechter te verplichten om reeds op basis van de krachtens art. 285 eerste lid sub f en h (nieuw) verplichte opgave over een eerder aangeboden schuldregeling, deze schuldregeling te toetsen aan het criterium van art. 287a, zodat daarvoor geen apart verzoek nodig is.⁸³ Dit idee is door de minister verworpen omdat het tot een onwenselijke taakverzwaring van de rechter zou leiden. Het oordeel van de Hoge Raad lijkt mij, mede in dit licht, juist.

5.4.3 *Het 287a-verzoek en wijziging*

5.4.3.1 ALGEMEEN

Het 287a-verzoek maakt onderdeel uit van een Wsnp-verzoek. Dat Wsnp-verzoek moet blijken uit de wetsgeschiedenis van art. 287a en de jurisprudentie volledig zijn. Dat wil zeggen dat bij dat verzoek alle in art. 285 genoemde bijlagen en informatie moeten zijn gevoegd. De minister heeft tijdens de parlementaire behandeling enkele keren benadrukt en aangegeven dat de beoordeling van het verzoek met de gegevens bij het Wsnp-verzoek wordt vereenvoudigd.⁸⁴ Het Wsnp-verzoek kan na afwijzing van het 287a-verzoek worden ingetrokken (art. 287a lid 7). Dit doet er niet aan af dat een volledig Wsnp-verzoek moet zijn overgelegd.⁸⁵

Met dit voorschrift wijkt het insolventieprocesrecht af van dat van de verzoekschriftprocedure van titel 3. Art. 278 lid 2 Rv bepaalt slechts dat het verzoekschrift het verzoek en de gronden daarvoor bevatten. Met invoering van het KEI-wetsvoorstel zal het verzoekschrift weliswaar moeten vermelden de bewijsmiddelen waarover verzoeker kan beschikken, maar niet is bepaald dat bewijsmiddelen (of andere stukken) moeten worden overgelegd (art. 30a Rv ontwerp).

Als het Wsnp-verzoek niet compleet is, leidt dat tot niet-ontvankelijkverklaring van de verzoeker.⁸⁶ Het belang van een volledig verzoek blijkt onder meer uit een arrest van het Hof 's-Gravenhage.⁸⁷ In eerste aanleg had de rechtbank het 287a-verzoek afgewezen en de beslissing op het Wsnp-verzoek aangehouden

⁸¹ Hof Arnhem 17 april 2008, *LJN* BD1252.

⁸² HR 30 januari 2009, *LJN* BG5851.

⁸³ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 942 nr. 4, p. 11-12.

⁸⁴ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 942, nr. 7, p. 78. Vriesendorp vermeldt dat de wetgever hiermee heeft willen bereiken dat het 287a-verzoek terdege is voorbereid, Vriesendorp 2013, p. 337.

⁸⁵ *Kamerstukken I* 2006/07, nr. C., p. 5 e.v. Gesuggereerd wordt dat de beschikbaarheid van deze gegevens de (insolventie)rechter minder terughoudend zal maken: *Kamerstukken II* 2005/06, 29 942, nr. 35, p. 17.

⁸⁶ Rb. Utrecht 26 april 2011, *LJN* BQ2822, Rb. Utrecht 31 maart 2011, *LJN* BQ0651. In de zaak die leidde tot Rb. Utrecht 6 januari 2011, *LJN* BP0643, was in het geheel geen Wsnp-verzoek ingediend. Beide verzoeken zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden, zo oordeelde de rechtbank. Daarnaast was het minnelijke traject door een afgevaardigde van de familie van verzoeker uitgevoerd en dus niet door een persoon of instelling als bedoeld in art. 48 lid 1 sub b, c of d Wck, zoals art. 288 lid 2 voorschrijft.

⁸⁷ Hof 's-Gravenhage 21 december 2010, *LJN* BO8515.

in afwachting van nadere gegevens. Het hof tikte de rechtbank hiervoor op de vingers. Er mag pas een beslissing op een 287a-verzoek gegeven worden, aldus het hof, als het Wsnp-verzoek compleet is. Dit is in lijn met genoemde wetsgeschiedenis.

Het minnelijke traject moet mijns inziens zijn uitgevoerd door een gecertificeerde instelling als bedoeld in art. 48 lid 1 sub d Wck zoals art. 288 voorschrijft, zie de vorige paragraaf.

In art. 3.2.3.3 Procesreglement insolventiezaken is bepaald dat de gegevens (naam, adres en woon- of verblijfplaats) van de schuldeiser ‘die niet met de aangeboden schuldregeling kan instemmen’ moeten zijn vermeld. Dit lijkt mij niet helemaal juist geformuleerd. Het gaat om de schuldeisers die niet instemden, dus ook de schuldeisers die niet op het aanbod reageerden. Uit hun stilzwijgen kan, behoudens bijzondere omstandigheden, niet worden afgeleid dat zij het aanbod hebben aanvaard. Het is belangrijk te benadrukken dat een schuldeiser die niet reageert op een aanbod voor een schuldregeling als een weigerende schuldeiser moet worden beschouwd. Zelfs een schuldeiser die zich refereert aan het oordeel van de rechter kan niet geacht worden met het voorstel te hebben ingestemd. Op deze plaats zij er voorts op gewezen dat het verzoek zich in beginsel tot alle niet-instemmende schuldeisers dient te richten.⁸⁸ Indien dat niet het geval is kan dat immers tot (niet-gerechtvaardigde) ongelijke behandeling van schuldeisers leiden.

Art. 3.2.3.3 Procesreglement insolventiezaken bepaalt voorts dat de reden van de weigering om met het aanbod (voor een schuldregeling) in te stemmen moet worden vermeld.

Bij het procesreglement hoort een, in 2012 vernieuwd, modelverzoekschrift. In art. 3.2.3.4 Procesreglement insolventiezaken is aangegeven welke stukken moeten zijn bijgevoegd. Het gaat om:

- a. een overzicht van de aangeboden schuldregeling;⁸⁹
- b. een overzicht van de namen, adressen en faxnummers van de schuldeisers die niet akkoord gaan;⁹⁰
- c. de met iedere schuldeiser die niet met de aangeboden schuldregeling kan instemmen, gevoerde correspondentie over de aangeboden schuldregeling, alsmede een overzicht van de crediteuren die wel hebben ingestemd met de aangeboden schuldregeling;⁹¹
- d. een berekening van het vrij te laten bedrag gemaakt met de calculator die via het internet beschikbaar is;
- e. een overzicht van de mogelijkheden van de verzoeker tot nakoming van de aangeboden schuldregeling.

Met dit voorschrift komt het procesreglement op het terrein van de stelplicht en bewijslast. Hierop wordt in par. 5.4.5 (over het niet-verschijnen van de belanghebbende schuldeiser) ingegaan.

⁸⁸ Rb. Oost-Brabant, 1 augustus 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4449.

⁸⁹ Rb. Midden-Nederland 11 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2765. De brief waarbij de schuldregeling is aangeboden was niet overgelegd. Deze kon ter zitting niet geproduceerd worden.

⁹⁰ Dat is dus een herhaling ten opzichte van art. 3.2.3.3.

⁹¹ Dit is vergelijkbaar met de eis in dagvaardingsprocedures dat in de dagvaarding het verweer van de gedaagde vermeld moet worden, art. 111 Rv.

Een 287a-verzoek kan niet voor het eerst in hoger beroep worden gedaan.⁹²

Op grond van art. 4 onder i Wet griffierechten burgerlijke zaken is geen griffierecht verschuldigd voor het indienen van een Wsnp-verzoek. Omdat het 287a-verzoek onderdeel uitmaakt van het Wsnp-verzoek geldt daarvoor hetzelfde. Het verzoek hoeft evenmin door een advocaat te zijn ingediend omdat het onderdeel uitmaakt van het Wsnp-verzoek (zie art. 361). Indien een schuldenaar onder beschermingsbewind is gesteld, kan hij dit verzoek zelf doen.⁹³ Hieruit kan worden afgeleid dat dit tevens geldt voor het 287a-verzoek.

5.4.3.2 WIJZIGING VAN HET VERZOEK (TER ZITTING)

Het komt voor dat het aanbod voor een (minnelijke) regeling ter zitting wordt gewijzigd.

Een wijziging houdt bijvoorbeeld in dat een prognoseaanbod niet slechts inhoudt het sparen van het bovenmatige inkomen vanaf de datum van het aanbod maar vanaf de datum van de beslissing op het 287a-verzoek, waarbij het reeds (in het minnelijke traject) gespaarde bedrag ten goede komt aan de schuldeisers. Dit is een verbetering van het aanbod en daarmee een vermindering van het verzoek. Vermindering van het verzoek is (mijns inziens) steeds mogelijk, ook als de betrokken schuldeiser(s) niet is (zijn) verschenen. Aan vermindering van een titel 3-verzoek worden in art. 283 Rv evenmin formele eisen gesteld. Aangenomen wordt dat het titel 3-verzoek, nog tijdens de mondelinge behandeling en zowel schriftelijk als mondeling, kan worden verminderd omdat de belanghebbende daardoor niet in zijn belang is geschaad. Uitzonderingen op deze regel zijn natuurlijk denkbaar.⁹⁴

Een verslechtering van het aanbod is te duiden als een vermeerdering van het verzoek en is daarom problematischer. Als aan de schuldeisers minder wordt aangeboden is niet meer zeker dat de schuldeisers die reeds instemden dit zullen accepteren. Dit kan dus slechts in het nogal theoretische geval dat aangetoond wordt dat die schuldeisers inmiddels met de verslechtering (vermindering) van het aanbod instemden.

5.4.4 De oproep

Het 287a-verzoek moet op grond van art. 287a lid 2 ter zitting behandeld worden. Zowel de verzoeker als de weigerende (niet-instemmende) schuldeiser worden daarvoor bij aangetekende brief (of op andere wijze) opgeroepen. Indien een schuldeiser de vordering van een andere schuldeiser betwist, dient hij (eveneens) als belanghebbende, te worden opgeroepen. In verband hiermee dient de verzoeker in het 287a-verzoek aan te geven of van bedoelde betwisting sprake is.

⁹² Hof Arnhem 17 april 2008, *L/N* BD1252 (bekrachtigd in: HR 30 januari 2009, *L/N* BG5851 81 RO), Hof Amsterdam (nevenzittingsplaats Arnhem) 14 april 2011, zaaknr. 200.081.769 (niet gepubliceerd) en Hof Arnhem 16 juni 2011, zaaknr. 200.085.373 (niet gepubliceerd).

⁹³ Dit volgt uit HR 25 mei 2012, *L/N* BV4010. Hierin oordeelde de Hoge Raad dat het indienen van een Wsnp-verzoek niet tot de taak van de beschermingsbewindvoerder hoort. De schuldenaar is daartoe zelfstandig bevoegd, met dien verstande dat de rechter geacht wordt zich – zo nodig – op de hoogte te stellen van het standpunt van de beschermingsbewindvoerder ten aanzien van het Wsnp-verzoek.

⁹⁴ Van Mierlo 2014, (T&C Rv), art. 283 Rv, aant. 3.

Noch in art. 287a noch in het Procesreglement insolventiezaken is rekening gehouden met het geval dat een schuldeiser de vordering van een andere schuldeiser betwist. Het ware beter indien de schuldenaar/verzoeker verplicht werd om in het 287a-verzoek te vermelden indien daarvan sprake is. In dat geval dient de schuldeiser die de vordering van een ander betwist alsook de schuldeiser van wie de vordering is betwist, als belanghebbende, te worden opgeroepen.

Art. 3.2.3.5 Procesreglement insolventiezaken bepaalt dat de verzoeker bij gewone brief en de weigerende schuldeiser zowel per gewone post als bij aangetekende brief en ‘onder toezending van een afschrift van het verzoek’ worden opgeroepen.⁹⁵ In het procesreglement wordt gevraagd om vermelding van eventuele faxnummers van de betrokken schuldeisers. Uit de jurisprudentie blijkt niet of oproepingen per fax worden verzonden. In par. 4.4.2.1 is nagegaan onder welke voorwaarden schuldeisers per fax (of e-mail) kunnen worden opgeroepen.

Bij het bepalen van de datum van de mondelinge behandeling worden geen verhinderdata van partijen opgevraagd. Daarom zou een verzoek van een partij (verzoeker of schuldeiser) tot bepaling van een nieuwe datum voor die mondelinge behandeling in beginsel moeten worden gehonoreerd. In art. 1.4.6 Procesreglement verzoekschriftprocedures rechtbanken (kantonzaken) is bepaald dat – indien geen verhinderdata zijn opgevraagd – op verzoek van de desbetreffende partij steeds uitstel van de mondelinge behandeling wordt verleend, mits dat verzoek binnen vijf werkdagen na de oproeping is gedaan. Die regel zou in dezen eveneens dienen te gelden.

Het is niet duidelijk of met de geciteerde passage ‘onder toezending van een afschrift van het verzoek’ uit art. 3.2.3.5 Procesreglement insolventiezaken alleen het 287a-verzoek wordt bedoeld of het Wsnp-verzoek (met de bijlagen zoals genoemd in art. 285). In art. 3.2.3.1 van genoemd procesreglement is bepaald dat het Wsnp-verzoek een 287a-verzoek kan bevatten. In art. 3.2.3.2 is bepaald dat ‘het verzoekschrift’ en de bijgevoegde stukken in meervoud moeten worden ingediend: twee exemplaren voor de rechtbank en één exemplaar voor iedere verweerder. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat ‘het verzoekschrift’ – dat wil dus zeggen het Wsnp-verzoek met alle bijlagen waaronder het 287a-verzoek – naar de verweerder moet worden gezonden. In art. 3.2.3.5 is echter bepaald dat de schuldeiser(s) die het betreft wordt c.q. worden opgeroepen ‘onder toezending van een afschrift van het verzoek’. Hiermee zou het 287a-verzoek kunnen zijn bedoeld.

Uit de Recofa-enquête is gebleken dat het merendeel van de rechtbanken bij de oproep van de weigerende schuldeiser(s) alleen het 287a-verzoek meezendt en dan veelal zonder de bijlagen bij dat verzoek.⁹⁶ Dient de weigerende schuldeiser niet steeds het volledige Wsnp-verzoek – waaronder dus het 287a-verzoek – met alle bijlagen te ontvangen? Het meest centrale beginsel van procesrecht, het beginsel van hoor en wederhoor, houdt immers in dat rechter en

⁹⁵ In de tot 1 januari 2013 geldende versie was vermeld ‘bij aangetekende brief met bericht van ontvangst’, maar een dergelijke verzending is niet meer mogelijk. Op internet (track&trace) is na te gaan wat er met de aangetekende post is gebeurd en in het bijzonder of deze aan de geadresseerde is aangeboden.

⁹⁶ Engberts 2014, p. 19.

partijen over dezelfde informatie beschikken. Deze regel is voor de verzoekschriftprocedure vastgelegd in art. 279 Rv. Daarin is bepaald dat de oproeping van belanghebbenden vergezeld dient te gaan van een afschrift van het verzoekschrift.⁹⁷

Het is mij uit eigen wetenschap (gesprekken met rechters en juridisch medewerkers bij de rechtbanken) bekend dat er – evenals bij de behandeling van 287b-verzoeken – een zekere huiver bestaat deze stukken aan de schuldeiser te zenden omdat deze soms informatie over de persoonlijke situatie van de schuldenaar bevatten.⁹⁸ Hierbij valt op dat rechtbanken op grond van deze argumenten zelf tot het niet-verstrekken van alle informatie komen. Van een verzoek daartoe van de schuldenaar is geen sprake.⁹⁹

Het niet-verstrekken van alle informatie aan de schuldeiser verhoudt zich, nog daargelaten dat het beginsel van hoor en wederhoor dat nu eenmaal vordert, slecht tot de aard van het 287a-verzoek. Dit verzoek strekt ertoe dat de rechter een schuldeiser als het ware dwingt af te zien van een deel van zijn vordering op de schuldenaar. Het is ten principale onjuist dat de rechter dat, in de huidige praktijk, doet of kan doen op basis van informatie die bij deze schuldeiser niet bekend is. Niet valt in te zien hoe dan geoordeeld kan worden dat die schuldeiser in redelijkheid niet tot zijn afwijzing van het aanbod voor een schuldregeling kon komen.

5.4.5 *De mondelinge behandeling*

De mondelinge behandeling is openbaar omdat de wet niet anders bepaalt. Dit volgt uit art. 6 EVRM (par. 3.4.3).

De datum voor de mondelinge behandeling wordt in beginsel vastgesteld zonder dat bij partijen verhinderdata worden opgevraagd. In art. 1.4.6 Procesreglement verzoekschriftprocedures rechtbanken (kantonzaken) is bepaald dat in een dergelijk geval op verzoek van de desbetreffende partij steeds uitstel van de mondelinge behandeling wordt verleend, mits dat verzoek binnen vijf werkdagen na de oproeping is gedaan.¹⁰⁰ Een dergelijke regel zou eveneens bij de mondelinge behandeling van 287b-verzoeken moeten gelden.

5.4.6 *Niet-verschijnen schuldeiser(s), stelplicht en motivering*

Het insolventieprocesrecht kent geen bijzondere regeling in het geval degene tot wie zich een verzoek richt in rechte niet verschijnt, zoals de verstekregeling voor dagvaardingszaken in art. 139 Rv.¹⁰¹ Bestudering van de jurisprudentie leert dat rechtbanken verschillend omgaan met het niet-verschijnen van de schuldeiser. In

97 Zie art. 3.2.3.2 Procesreglement insolventiezaken, dat bepaalt dat het 287a-verzoek en de bijgevoegde stukken in meervoud moet worden ingediend: twee exemplaren voor de rechtbank en één exemplaar voor iedere verweerder.

98 Men lijkt te vergeten dat het Wsnp-verzoek na toelating tot de schuldsanering openbaar wordt (art. 286).

99 Zie voorts par. 4.4.2.1 en J.L.R.A. Huydecoper, 'Geheimhouding en waarheidsvinding in het civiele proces', *Trema* 2010/8.

100 Zie www.rechtspraak.nl (procedures/landelijke regelingen).

101 De Faillissementswet kent het rechtsmiddel van verzet in het geval het faillissement van een schuldenaar op verzoek van een schuldeiser wordt uitgesproken zonder dat de schuldenaar ter zitting verschijnt, zie art. 8 lid 2.

deze paragraaf wordt eerst een korte beschrijving gegeven van die jurisprudentie. Vervolgens wordt aan de hand van de verstekregeling in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een voorstel gedaan voor de beoordeling van de verstekzaken.

5.4.6.1 JURISPRUDENTIE BIJ NIET VERSCHIJNEN WEIGERENDE SCHULDEISER

Het ligt voor de hand dat de rechter een onderscheid maakt tussen enerzijds gevallen waarin de reden voor de weigering (door de niet-verschenen schuldeiser) onbekend is en anderzijds zaken waarin die reden wel duidelijk is. Uit de jurisprudentie blijkt echter niet dat dit onderscheid wordt gemaakt of van belang is. Er zijn diverse uitspraken waarin zowel in het eerste als het tweede geval een volledige overweging en motivering wordt gegeven.¹⁰² Dat is waarschijnlijk daardoor verklaarbaar dat het belang met de weigering al is gegeven. In een aanzienlijk aantal uitspraken wordt dit uitdrukkelijk geoordeeld.¹⁰³

Uit een uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch uit 2012 blijkt dat de rechter bij niet-verschijnen van de betrokken schuldeiser nog steeds moet onderzoeken of het voorstel goed en betrouwbaar is gedocumenteerd en of het voldoet aan de overige vaste criteria, genoemd in de memorie van toelichting bij wetsvoorstel 29 942.¹⁰⁴

Er zijn andersluidende uitspraken. De Rechtbank Breda oordeelde in 2008 in een aantal zaken, waarin de reden voor de weigering wel bekend was dat, nu de schuldeiser geen verweer had gevoerd en het verzoek niet ongegrond of onrechtmatig voorkwam, het verzoek kon worden toegewezen.¹⁰⁵ Dit is dus een verstekafdoening op de wijze van art. 139 Rv (zie hierna). De Rechtbank Haarlem oordeelde in een zaak uit 2008 dat de schuldeiser, hoewel de reden voor de weigering wel uit de stukken was af te leiden, door niet ter zitting te verschijnen de mogelijkheid aan zich voorbij heeft laten gaan zijn belang bij afwijzing te onderbouwen en toe te lichten zodat niet was gebleken dat de schuldeiser een te respecteren belang bij zijn weigering had.¹⁰⁶ De Rechtbank Rotterdam oordeelde in een uitspraak uit datzelfde jaar dat, nu de reden niet bekend was, de rechtbank de redelijkheid van de weigering niet kon toetsen.¹⁰⁷ Dergelijke uitspraken komen na 2008 weinig voor.¹⁰⁸ In twee uitspraken van na dat jaar wordt deze formulering gebruikt maar wordt de beslissing uitgebreid gemotiveerd¹⁰⁹ en in één geval wordt het verzoek zelfs afgewezen.¹¹⁰ In latere

102 Bijvoorbeeld Rb. Arnhem 21 mei 2010, *LJN* BO2143 en Rb. Utrecht 14 oktober 2010, *LJN* BO1001. In deze zaak stelde de rechtbank bovendien vast dat aan de vordering van de belastingdienst ten onrechte een preferentie was toegekend.

103 Rb. Utrecht 5 februari 2009, *LJN* BH2401, Rb. Maastricht 19 maart 2008, *LJN* BC7133 (zij het dat verzoekster aangaf dat de weigerende schuldeiser volgens haar de looptijd te lang vond), Rb. Leeuwarden 8 juli 2010, 104409 FT RK 10/303 (niet gepubliceerd).

104 Hof 's-Hertogenbosch 28 juni 2012, *LJN* BX0359, r.o. 3.5.

105 Rb. Breda 28 april 2008, *LJN* BD4382 alsook 9 mei 2008, *LJN* BD4178 en *LJN* BD4169. Hetzelfde deed Rechtbank 's-Gravenhage (Rb. 's-Gravenhage 28 maart 2008, *LJN* BF8775).

106 Rb. Haarlem 23 april 2008, *LJN* BD0260.

107 Rb. Rotterdam 1 augustus 2008, *LJN* BD9164, *TvS* 2008, 256. Overigens werden de belangen van de verzoeker/schuldenaar in die zaak wel beoordeeld/gewogen.

108 Rb. 's-Gravenhage 1 juni 2010, *LJN* BM6586.

109 Rb. 's-Hertogenbosch 25 februari 2011, *LJN* BP6074 (verzoek ingewilligd nadat verzoeker ter zitting had aangeboden na zijn 65^e te zullen doorwerken).

110 Rb. Utrecht 11 november 2010, *LJN* BO3685.

uitspraken wordt het belang van de weigerende schuldeiser als gegeven beschouwd en wordt over het algemeen een motivering voor de beslissing gegeven.¹¹¹ In een zaak uit 2011 bij het Hof Leeuwarden oordeelde het hof dat de schuldeiser, door niet ter zitting te verschijnen, de mogelijkheid om zijn belang bij afwijzing van het 287a-verzoek te onderbouwen en toe te lichten aan zich voorbij had laten gaan.¹¹² Dit komt overeen met de hiervoor genoemde uitspraak van de Rechtbank Haarlem. Hoe het niet-verschijnen moet worden geduid laat het hof echter uitdrukkelijk in het midden. Het hof oordeelt vervolgens dat niet is gebleken van zwaarwegende bezwaren van de zijde van de schuldeiser die maken dat hij in redelijkheid tot weigering heeft kunnen komen. Dit kan worden vertaald in de regel dat een schuldeiser weliswaar het recht heeft om niet op een aanbod voor een minnelijke schuldregeling in te gaan, maar dat dat recht of belang ingeval van niet-verschijnen in een 287a-procedure (nagenoeg) geen gewicht in de schaal legt.¹¹³

5.4.6.2 VERSTEKREGELING IN HET WETBOEK VAN BURGERLIJKE RECHTSVORDERING

Voor de dagvaardingsprocedure bepaalt het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dat de rechter bij niet-verschijnen van de gedaagde en het in acht nemen van de voorgeschreven termijnen en formaliteiten verstek tegen hem verleent en de vordering toewijst, tenzij deze hem onrechtmatig of ongegrond voorkomt. De ‘verstektoets’ van art. 139 Rv houdt in dat de rechter onderzoekt:

- a. of de gestelde feiten tot het beoogde rechtsgevolg leiden,
- b. of het recht toewijzing ook overigens toelaat en
- c. of er aanleiding is de gestelde feiten, gelet op de omstandigheden van het geding, ondanks stilzwijgen van de belanghebbende (schuldeiser), in twijfel te trekken.¹¹⁴

Hieruit volgt dat art. 139 Rv derogeert aan de in art. 149 Rv neergelegde regel dat de rechter niet (voldoende) betwiste feiten als vaststaand moet beschouwen. De reden is volgens Asser dat het niet vanzelf spreekt om aan het onbetwist blijven van door de eiser gestelde feiten dezelfde gevolgen te verbinden als aan het niet weerspreken in een proces dat op tegenspraak wordt gevoerd.¹¹⁵

De gevolgen van het niet-verschijnen van een partij in een verzoekschrift-procedure (titel 3) zijn niet geregeld. Anders dan in de dagvaardingsprocedure wordt geen verstek verleend. In verzoekschriftprocedures waarin sprake is van een rechtsbetrekking die ter vrije beschikking van partijen staat, kan het

¹¹¹ Zie bijvoorbeeld van Rb. Amsterdam 2 november 2010, *LJN* BP7372, Rb. Breda 4 april 2011, *LJN* BQ0572, Rb. 's-Hertogenbosch 14 januari 2011, *LJN* BP3054 en 1 april 2011, *LJN* BQ1307.

¹¹² Hof Leeuwarden 31 maart 2011, *LJN* BQ4084, *TvS* 2012, 357.

¹¹³ Hierbij is betrokken dat het aanbod is beoordeeld door een onafhankelijk bureau en als goed en betrouwbaar is beoordeeld.

¹¹⁴ Ynzonides, diss. 1996, p. 53, citerende Cleveringa. Zie tevens HR 17 januari 1969, *LJN* AB5051, *NJ* 1969/112.

¹¹⁵ W.D.H. Asser, Artikel 149 Rv: niet (voldoende) betwiste feiten moet de rechter als vaststaand beschouwen, *Waarom Eigenlijk? In: uit de praktijk, Liber Amicorum mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt*, Deventer, Kluwer 2012, p. 36.

ontbreken van verweer volgens Ynzonides tot automatische toewijzing van het verzoek leiden.

Doet deze laatste redenering opgeld in 287a-procedures of zou de in art. 139 Rv neergelegde toets moeten worden gehanteerd? Een 287a-verzoek ziet op een rechtsbetrekking die ter vrije beschikking van partijen staat. Dat pleit – in de redenering van Ynzonides – voor automatische toewijzing van het verzoek. Toch lijkt mij dit niet de juiste maatstaf. Een 287a-verzoek strekt ertoe dat een uitzondering op een van de centrale beginselen van het vermogensrecht wordt gemaakt, te weten de verplichting van schuldenaren hun verbintenissen na te komen.¹¹⁶ De aldus gekenschetste aard van het verzoek en de maatschappelijke taak van de rechter om tot op zekere hoogte te voorkomen dat beslissingen in strijd met de waarheid worden genomen, zoals beschreven in hoofdstuk 2, pleit voor een zekere controlerende taak van de rechter zoals in de regeling van art. 139 Rv neergelegd. Daar komt bij dat art. 287a is gegrond op jurisprudentie in dagvaardingszaken en strikt genomen niet in de Faillissementswet thuis hoort nu het geen procedure tot opening van een insolventie betreft noch een procedure betreffende een reeds geopende insolventie. Dat art. 287a een verzoekschriftprocedure is, is dus min of meer toevallig.

Hoe dient beoordeling van 287a-verzoeken in verstekzaken aan de hand van art. 139 Rv dan plaats te vinden? Voor beantwoording van die vraag dient eerst onderzocht te worden of en in hoeverre op verzoeker een stelplicht rust. De stelplicht (en bewijslastverdeling) is naar Nederlands (proces)recht aangesloten bij de materiële rechtsregel die het geschil beheerst. Dit wordt de objectief rechtelijke theorie genoemd.¹¹⁷ Ook bij de beantwoording van de vraag wat een verzoeker in het 287a-verzoek moet stellen zou het in art. 287a lid 5 vermelde beoordelingscriterium (de materiële rechtsregel) als uitgangspunt moeten worden genomen.

Daarnaast is van belang dat het recht (of: de bevoegdheid) van de schuldeiser niet in te stemmen met het aanbod voor een minnelijke schuldregeling en daarmee het belang dat de schuldeiser heeft bij volledige betaling zijn vordering voorop staat. Dit volgt zowel uit art. 3:276 BW waarin is bepaald dat een schuldeiser zijn vordering op alle goederen van de schuldenaar kan verhalen (tenzij wet of overeenkomst anders bepaalt) als uit de tekst van lid 5 van art. 287a waarin het belang van de schuldeiser bij uitoefening van de bevoegdheid tot weigering als gegeven wordt beschouwd.¹¹⁸

Bij de beoordeling van het verzoek gaat het om de vraag of de niet-instemmende schuldeiser ‘in redelijkheid niet tot weigering van instemming met de schuldregeling heeft kunnen komen, in aanmerking genomen de onevenredigheid tussen het belang dat hij heeft bij uitoefening van de bevoegdheid tot weigering en de belangen van de schuldenaar of van de overige schuldeisers die door die weigering worden geschaad’. Dat wil zeggen dat sprake moet zijn

¹¹⁶ Wessels Insolventierecht VI 2013/6227. Zie Hof 's-Hertogenbosch 26 februari 2013, *L/JN* BZ3524.

¹¹⁷ Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 205.

¹¹⁸ Daarom zijn de uitspraken waarin wordt overwogen dat het belang met de weigering reeds is gegeven in lijn met lid 5 van art. 287a.

van een zodanige onevenredigheid tussen het belang van de schuldeiser bij zijn weigering en het belang dat daardoor wordt geschaad, te weten het belang van de verzoeker (en dat van de overige schuldeisers), dat de schuldeiser in redelijkheid niet tot weigering van instemming met de schuldregeling heeft kunnen komen. Dit komt overeen met het in art. 3:13 lid 2 BW gegeven (derde) voorbeeld van een geval van misbruik van bevoegdheid. Uit de wetsgeschiedenis van art. 3:13 BW blijkt dat het dan gaat om handelingen waartoe geen redelijk mens kan komen na afweging van alle in aanmerking komende belangen. De uitoefening van een bevoegdheid moet dus in hoge mate onredelijk en onbillijk zijn.¹¹⁹ Dit brengt mee dat van de schuldenaar verlangd mag worden dat hij zijn stelling deugdelijk, voorzien van een duidelijke toelichting, onderbouwt.¹²⁰ Met Wessels kan gesproken worden van een zwaarwegende stelplicht.¹²¹ Van der Heiden benadrukt eveneens de stelplicht.¹²² De rechter dient ook bij onbekendheid met de motieven van de schuldeiser te onderzoeken of aan de stelplicht is voldaan.¹²³

Gelet op het beoordelingscriterium van art. 287a lid 5 zal verzoeker moeten stellen dat sprake is van de daarin genoemde 'onevenredigheid'. Deze stelplicht is niet beperkt tot de belangen van de verzoeker bij een (minnelijke) schuldregeling. Verzoeker zal zijn stellingen bovendien, gelet op de verzwaarde stelplicht, zoveel mogelijk met stukken moeten onderbouwen. Dat stellen en onderbouwen moet gebeuren aan de hand van de in par. 5.2.3 genoemde criteria uit de memorie van toelichting bij art. 287a, voorzover verzoeker daarover – uiteraard – informatie over heeft. Verzoeker zal mijns inziens in elk geval aan de hand van de eerste vijf gezichtspunten/criteria moeten stellen en onderbouwen dat

- a. het schikkingsvoorstel door een onafhankelijke en deskundige partij is getoetst (bijvoorbeeld een gemeentelijke kredietbank);
- b. het schikkingsvoorstel goed en betrouwbaar is gedocumenteerd;
- c. voldoende duidelijk is gemaakt dat het aanbod het uiterste is waartoe de schuldenaar financieel in staat moet worden geacht;
- d. het alternatief van faillissement of schuldsanering geen uitzicht voor de schuldenaar noch voor de niet-instemmende schuldeiser biedt.

119 In de toelichting is dit als volgt tot uitdrukking gebracht: 'Het ontwerp spreekt niet van: naar redelijkheid had mogen komen, maar evenals de Hoge Raad van: naar redelijkheid niet had kunnen komen, om te kennen te geven dat ieder redelijk oordelend mens in het gegeven geval tot dezelfde conclusie zal komen.' Parl. Gesch. Boek 3 (inv. 3, 5 en 6), p. 1040. Rodenburg 1985, p. 49 en 50.

120 Er is geen sprake van een verzwaarde stelplicht in de zin van de rechtspraak van de Hoge Raad, zoals in HR 15 december 2006, *NJ* 2007/203, m.nt. M.R. Mok. De verzwaarde stelplicht betreft een processuele mededelingsplicht ter relativering van een in sommige gevallen – zoals aansprakelijkheid van medici – als bezwaarlijk ervaren verdeling van bewijslast.

121 Wessels Insolventierecht VI 2013/6227. Dit is anders dan bij procedures betreffende de homologatie van een aangenomen akkoord in een faillissement of schuldsaneringsregeling. Die procedure moet volgens de Hoge Raad niet worden gezien als een procedure op tegenspraak tussen partijen maar als een op een spoedige beslissing over het akkoord gerichte procedure, waarin de rechter naar eigen inzicht zijn goedkeuring aan het akkoord verleent of weigert zonder daarbij in enig opzicht gebonden te zijn aan hetgeen door de bewindvoerder, de schuldeisers en de schuldenaar als hun standpunt naar voren is gebracht. De gewone regels van stelplicht en bewijslast zijn niet van toepassing. Zie Hoge Raad HR 15 december 2000, *LJN* AA9052, *NJ* 2001/262, m.nt. PvS en HR 26 augustus 2003, *LJN* AI0369, *NJ* 2004/549.

122 Van der Heiden 1997, p. 656, onder verwijzing naar Rb. Zwolle-Lelystad 26 april 1996, *KG* 196, 192. Van der Heiden 2008, p. 166.

123 Rb. Dordrecht 28 april 2009, *LJN* BJ0056 oordeelde dat de stelplicht en bewijslast bij de weigerende schuldeiser ligt.

Met de verplichte overlegging van het Wsnp-verzoek en een (gespecificeerde) vtlb-berekening (art. 3.2.3.4 Procesreglement insolventiezaken) onderbouwt verzoeker de onder b en c genoemde omstandigheden. Daarnaast moet worden aangegeven wie het voorstel heeft getoetst.

Noordam heeft zich afgevraagd of de schuldenaar in het kader van een 287a-verzoek zijn goede trouw aannemelijk moet maken of dat de rechter alleen aan de goede trouw toetst als de weigerende (i.e. niet-instemmende) schuldeiser een beroep doet op een het ontbreken van goede trouw.¹²⁴ Dit hangt af van het antwoord op de vraag of de schuldenaar het aanbod onderbouwt onder verwijzing naar hetgeen in een schuldsaneringsregeling naar verwachting aan de schuldeisers kan worden uitgekeerd. Indien hij dat doet zal uit zijn stellingen, onderbouwd met de stukken, moeten blijken dat toelating tot die schuldsaneringsregeling aannemelijk is. In het bijzonder moet dan aandacht worden besteed aan de in art. 288 lid 1 en lid 2 genoemde toelatingsvereisten (lid 1) en afwijzingsgronden (lid 2). In het bijzonder moet aannemelijk worden gemaakt dat de schuldenaar in de periode van vijf jaar voor indiening van het (Wsnp-) verzoek ten aanzien van het ontstaan of onbetaald laten te goeder trouw is geweest (art. 288 lid 1 onder b) en dat hij de uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen naar behoren zal nakomen.

Verzoeker kan daarnaast stellen (en onderbouwen) wat het belang van de instemmende schuldeisers is bij het tot stand komen van een schuldregeling.

Als de rechter op enig punt aan de gegrondheid van de aan het verzoek ten grondslag gelegde feiten twijfelt, staat het hem vrij staat nadere inlichtingen op te vragen, zoals in de dagvaardingsprocedure het geval is (art. 22 Rv). Te denken valt aan het geval dat de rechter twijfelt aan de juistheid van de gehanteerde berekening van het vrij te laten bedrag.

De jurisprudentie na 2008 volgt over het algemeen de hiervoor geschetste aanpak.¹²⁵

5.4.6.3 MOTIVERING VERSTEKVONNISSEN IN 287A-ZAKEN

Een andere vraag is hoe de toewijzing van het verzoek bij niet-verschijnen moet worden gemotiveerd. Hiervoor is beschreven dat in een aantal uitspraken bij niet-verschijnen van de schuldeiser de voor verstekzaken gebruikelijke zinsnede te vinden is dat het verzoek wordt toegewezen omdat het de rechtbank niet ongegrond of onrechtmatig voorkomt.¹²⁶ In de meeste gevallen wordt de beslissing (waaronder de toewijzing) uitgebreider gemotiveerd en wordt het verzoek getoetst aan de in de wetsgeschiedenis genoemde criteria. Dat lijkt gelet op de hiervoor beschreven stelplicht van de verzoeker te verkiesen. Indien 287a-verzoeken zonder enige motivering worden toegewezen, kan in het minnelijke traject de indruk ontstaan dat de rechter minder goed naar het aanbod en de totstandkoming daarvan kijkt en kan binnen de rechtbank de neiging ontstaan

¹²⁴ Noordam e.a. 2013, p. 83.

¹²⁵ Zie bijvoorbeeld Rb. Utrecht 11 november 2010, *LJN* BO3685. In deze zaak werd weliswaar de 'verstekformule' gebruikt (niet onrechtmatig of ongegrond), maar daarop volgt een uitgebreide inhoudelijke beoordeling en afwijzing van het verzoek.

¹²⁶ Zie Rb. Breda 17 juni 2008, *LJN* BD4389 en Rb. Haarlem 23 april 2008, *LJN* BD0260.

dergelijke verstekverzoeken wat makkelijker (marginaal) te beoordelen. Uit de jurisprudentie blijkt dat de kwaliteit van de minnelijke voorstellen nogal eens te wensen overlaat, zodat een volledige en strenge controle gewenst is.¹²⁷

5.4.6.4 VERWEERSCHRIFT

Tot slot past nog een opmerking over het verweerschrift. Uit de jurisprudentie blijkt dat de schuldeiser meestal niet ter zitting verschijnt. Na alle moeite die een schuldeiser veelal heeft gedaan om tot incasso van de vordering te komen en na ontvangst van het vaak relatief magere aanbod van de schuldhelpverlener, zal hij weinig animo hebben om naar die zitting te komen. Daarom rijst de vraag waarom de schuldeiser niet door de insolventierechter in de gelegenheid wordt gesteld om zijn verweer zo nodig (nader) in een verweerschrift vast te leggen.¹²⁸ Uit de jurisprudentie en de Recofa-enquête blijkt enerzijds dat de rechtbanken de schuldeisers hiertoe niet uitdrukkelijk in de gelegenheid stellen en anderzijds dat schuldeisers hiertoe vanaf ongeveer 2010 in toenemende mate overgaan.¹²⁹ Deze verweerschriften worden door de rechtbanken betrokken bij de beoordeling van het 287a-verzoek. Hier kan een vergelijking met de verzoekschriftprocedure in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering worden gemaakt. In art. 282 Rv is bepaald dat iedere belanghebbende tot de aanvang van de behandeling of, als de rechter dat toestaat, in de loop van de behandeling een verweerschrift kan indienen.

5.4.7 Bewijsrecht

De Hoge Raad heeft in het Payroll-arrest uitdrukkelijk vermeld dat de schuldenaar zo nodig de feiten en omstandigheden die ten grondslag liggen aan zijn vordering tot het opleggen van een dwangregeling (het betrof een kortgeding-procedure) dient te bewijzen. Geëxtrapoleerd naar de procedure van art. 287a betekent dit dat ook hier de regels van bewijsrecht van toepassing zijn. Dit volgt voorts uit het toepasselijke, althans overeenkomstig toe te passen art. 284 Rv.

De jurisprudentie laat echter een ander beeld zien. In geen enkele uitspraak komt nadere bewijslevering aan de orde of wordt deze opgedragen. De jurisprudentie wekt de indruk van een spoedprocedure waarin voor bewijslevering geen plaats is. Dat de insolventierechter de procedure als een spoedprocedure voert, kan ten eerste verklaard worden uit de tekst van de wet. Art. 287a vermeldt dat terstond na ontvangst van een 287a-verzoek een datum voor de

127 Rb. 's-Hertogenbosch 20 februari 2009, *LJN* BI0660 Rb. 's-Hertogenbosch 17 juli 2012, *LJN* BX3688: één schuldenlijst bij samenwonende schuldenaren. Waarschijnlijk kennen veel schuldhelpverleners het (juridische) verschil tussen samenwonende en (in gemeenschap van goederen) getrouwde schuldenaren niet. Rb. Rotterdam 29 mei 2009, *LJN* BI9013: aan de schuldeisers was niet gevraagd opgave van hun vordering te doen op een nader vastgestelde datum. Hierdoor was onduidelijk hoe hoog de totale schuldenlast (op enig moment) was. Daarnaast was de vordering van de belastingdienst op grond van art. 29 lid 2 Wet op de Omzetbelasting 1968 niet duidelijk. Rb. Utrecht 14 oktober 2010, *LJN* BO1001: vordering van de belastingdienst (terugbetaling huurtoeslag) ten onrechte aangemerkt als preferent. Rb. Roermond 18 april 2008, *LJN* BD0432: de juistheid van een fiscale schuld niet onderzocht.

128 In het ontwerp van Vriesendorp c.s. is daarin uitdrukkelijk voorzien (art. 365): R.D. Vriesendorp, R.M. Hermans & K.A.J. de Vries, 'Wetsvoorstel tot aanpassing van de Faillissementswet door uitbreiding met titel IV', *TvT* 2013, 20.

129 Zie bijvoorbeeld Rb. Leeuwarden 29 juni 2010, 103247 RK 10.183 en 105568 RK 10.423 (niet gepubliceerd) en Rb. Haarlem 5 oktober 2010, *LJN* BO6304, *TvS* 2011, 339.

mondelinge behandeling moet worden bepaald. Daarnaast dient de rechtbank op de dag van die mondelinge behandeling of anders op de achtste dag daarna al uitspraak te doen. Dit is, gelet op het definitieve karakter van de beslissing, een bijzonder korte termijn, zij het dat dergelijke termijnen passen bij het insolventieprocesrecht. Het niet toepassen van regels van bewijsrecht is ten tweede te verklaren uit de omstandigheid dat daarvoor in het insolventieprocesrecht geen rol is weggelegd. De insolventierechter baseert zijn beslissing op hetgeen hem voor wat betreft de relevante feiten en omstandigheden aannemelijk voorkomt.

De korte termijnen en het niet toepassen van de regels van bewijsrecht verhouden zich echter slecht tot de aard van het 287a-verzoek en de te geven beslissing. Het verzoek houdt immers een definitieve en gedwongen verkorting van de rechten van een schuldeiser in, hetgeen een inbreuk op een fundamentele grondregel van ons vermogensrecht is.

5.5 Het beoordelingscriterium

Bespreking van het beoordelingscriterium van art. 287a valt buiten het bestek van dit onderzoek, waarin de procesrechtelijke aspecten bij de beoordeling van 287a-verzoeken aan bod komen. Deze aspecten zijn in de vorige paragraaf aan de orde gekomen. Het gaat om de eis dat het 287a-verzoek vergezeld moet gaan van een volledig Wsnp-verzoek, dat het aanbod goed en betrouwbaar is gedocumenteerd, dat het moet zijn gedaan of getoetst door een onafhankelijke en deskundige partij en op welke wijze de aan het verzoek ten grondslag gelegde feiten worden vastgesteld. Bij de beoordeling van verstekzaken dient tot slot het beoordelingscriterium te worden betrokken omdat dat naar Nederlands procesrecht de omvang van de stelplicht bepaalt. Dit is in par. 5.4.5 uitgewerkt.

5.6 De beslissing

5.6.1 *Algemeen*

De beslissing op een 287a-verzoek is een vonnis omdat art. 287a dat bepaalt. De rechter dient op het voorliggende verzoek te beslissen. Hij kan slechts beslissen of de niet-instemmende schuldeiser gedwongen kan worden (door middel van de uitspraak op het 287a-verzoek) met het gedane aanbod in te stemmen. Als hij in zijn beslissing nadere verplichtingen aan de schuldenaar oplegt, vormen deze nog geen onderdeel van de tussen schuldenaar en schuldeisers tot stand gekomen (dwang)overeenkomst.¹³⁰ Dit komt overeen met het toepasselijke, althans analogisch toe te passen, art. 24 Rv.

5.6.2 *Proceskosten*

Art. 287a lid 6 bepaalt dat de weigerende schuldeiser bij toewijzing van het verzoek in de kosten wordt veroordeeld. Met 'kosten' worden de proceskosten

130 Rb. Utrecht 10 oktober 2012, *LJN* BY0070 (kort geding).

bedoeld.¹³¹ Op grond van de tekst ('wordt') en de totstandkomingsgeschiedenis moet de conclusie zijn dat sprake is van een automatisme. In de memorie van toelichting bij art. 287a staat immers dat de kostenveroordeling een stimulans voor de schuldeiser moet zijn om tot een schuldregeling te komen.¹³²

Zowel uit de jurisprudentie als uit de Recofa-enquête blijkt dat rechters verschillend omgaan met deze bepaling.¹³³ Eerst wordt deze jurisprudentie en de Recofa-enquête besproken. Daarna wordt een voorstel gedaan voor een meer uniforme rechtstoepassing.

5.6.2.1 JURISPRUDENTIE MET BETREKKING TOT PROCESKOSTENVEROORDELING

In de praktijk is de proceskostenveroordeling geen automatisme. Een aantal rechtbanken stelt, blijkens de Recofa-enquête, aanvullende voorwaarden.¹³⁴ Zo zijn er rechtbanken die als eis stellen dat de schuldeiser in het minnelijke traject is gewezen op het risico van een proceskostenveroordeling. Een andere rechtbank gaat alleen tot een dergelijke veroordeling over als sprake is van een zogeheten repeatplayer (daarmee wordt bedoeld een schuldeiser die ervaring heeft met het minnelijke/wettelijke traject). Eén rechtbank merkt op dat een proceskostenveroordeling wordt gevraagd en gegeven als de schuldeiser in het minnelijke traject niet van zich liet horen en pas na indiening van het 287a-verzoek akkoord ging.

De Rechtbank Utrecht sprak een proceskostenveroordeling uit omdat de weigerende schuldeisers geen inzicht hadden gegeven in de redenen van hun weigering.¹³⁵ Ten slotte zijn er rechtbanken die bij het al dan niet geven van een proceskostenveroordeling betrekking of daarom in het 287a-verzoek is gevraagd.¹³⁶

De jurisprudentie is eveneens verdeeld waar het de hoogte van de proceskostenveroordeling betreft.¹³⁷ Er is een groot aantal uitspraken waarin de proceskosten op nihil zijn gesteld omdat er geen sprake is van rechtsbijstand dan wel omdat het 287a-verzoek geen kosten met zich brengt voor de verzoeker.¹³⁸ Hierop is kritiek gekomen van Schruer.¹³⁹ Volgens haar wordt de regel van art. 287a lid 6 met deze benadering tot een dode letter gemaakt terwijl het voorbereiden en indienen van een 287a-verzoek veel werk met zich brengt.

Andere rechtbanken veroordelen de in het ongelijk schuldeiser wel in de proceskosten, hetzij op basis van het zogeheten liquidatietarief voor civiele

¹³¹ MvT, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 942 nr. 3, p. 18.

¹³² MvT, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 942 nr. 3, p. 18.

¹³³ Engberts 2014, p. 23.

¹³⁴ Engberts 2014.

¹³⁵ Rb. Utrecht 14 juni 2012, *LJN* BW9583. In gelijke zin: Rb. 's-Hertogenbosch 23 maart 2012, *LJN* BX7049.

¹³⁶ Rb. Leeuwarden 15 maart 2012, 117609/RK 12.99 (niet gepubliceerd).

¹³⁷ Dat rechters verdeeld zijn over de proceskostenveroordeling in 287a-zaken blijkt voorts uit Jungmann&Kruis 2014, p. 72.

¹³⁸ Onder andere: Rb. Breda 28 april 2008, *LJN* BD4382, Rb. Middelburg 16 april 2008, *LJN* BD4816, *TvS* 2010, 310, Rb. Amsterdam 10 maart 2009, *LJN* BI4237 en Rb. 's-Hertogenbosch 25 februari 2011, *LJN* BP6074. Er zijn voorts uitspraken waarin niets over de proceskosten wordt vermeld: Rb. 's-Hertogenbosch 17 januari 2011, *LJN* BP3066, Rb. Arnhem 4 april 2011, *LJN* BQ3189 en Rb. Utrecht 7 juli 2011, *LJN* BR2552.

¹³⁹ H.D.L.M. Schruer, 'Als er twee schaapjes over de dam zijn, moeten er meer volgen', *TvS* 2010/4, p. 3.

zaken dan wel het liquidatietarief voor kantonzaken.¹⁴⁰ Onder meer de Rechtbank Rotterdam, het Hof Amsterdam¹⁴¹ en het Hof 's-Gravenhage¹⁴² hanteerden het liquidatietarief dat door de sector civiel wordt gebruikt en veroordeelden de schuldeiser op basis daarvan (1 punt) tot betaling van € 452,-. In die zaken werd verzoeker door een advocaat bijgestaan. De Rechtbanken Utrecht en 's-Hertogenbosch pasten dit (hoge) tarief toe en overwogen daarbij dat een verzoeker op grond van art. 285 en 287a moet worden begeleid door een daar genoemde schuldhelpverlener zoals een gemeentelijke kredietbank. Deze rechtbanken oordeelden dat dit vergelijkbaar is met het geval dat sprake is van verplichte bijstand.¹⁴³ De Rechtbank Maastricht sloot aan bij art. 238 Rv.¹⁴⁴ Daarin is geregeld hoe de proceskosten worden berekend in zaken waarin partijen in persoon kunnen procederen. De rechtbank betrok daarbij niet alleen de reiskosten van verzoeker (ad € 9,-) maar ook de kosten van een ter zitting verschenen vertegenwoordiger van een gemeentelijke instelling voor schuldhelpverlening en een eveneens ter zitting verschenen medewerker van het aan de orde zijnde project ten behoeve van jongeren met schulden ad € 18,- voor reiskosten en totaal ongeveer € 298,- voor verletkosten. Deze personen werden niet als gemachtigde aangemerkt. De Rechtbank Leeuwarden paste in een zaak het tarief toe dat de kantonrechter hanteert voor eenvoudige zaken bij kortgedingprocedures zijnde € 90,- per punt en kwam tot een bedrag van € 180,-.¹⁴⁵ In die uitspraak is vermeld dat verzoeker werd vergezeld door twee medewerkers van de Kredietbank Nederland. Zij werden evenmin als gemachtigde aangemerkt, zodat aangenomen moet worden dat zij verzoeker bijstand verleenden. Niet duidelijk is of per persoon een bedrag van € 180,- is toegekend of een punt voor het opstellen en indienen van het verzoek en daarnaast een punt voor de zitting als zodanig.

5.6.2.2 ANALYSE EN VOORSTEL

Art. 287a lid 6 bepaalt dat bij toewijzing van het 287a-verzoek de rechtbank de schuldeiser die instemming met de schuldregeling heeft geweigerd in de (proces)kosten veroordeelt. Er moet dienaangaande bij toewijzing dus steeds een beslissing worden gegeven. De wetgever heeft voor dit dwingende karakter gekozen teneinde weigerende schuldeisers af te schrikken. De bepaling veronderstelt dat de schuldeiser die het betreft in het ongelijk is gesteld, maar dat is niet altijd het geval. Uit de jurisprudentie valt namelijk af te leiden dat 287a-verzoeken soms worden toegewezen op basis van feiten en omstandigheden die de schuldeiser ten tijde van het doen van het aanbod niet bekend waren en/of pas ter zitting bekend worden.¹⁴⁶ Voorzover de informatie eerst ter zitting bekend

¹⁴⁰ Voor deze tarieven zie rechtspraak.nl.

¹⁴¹ Hof Amsterdam 4 maart 2010, *LJN* BL6811.

¹⁴² Hof 's-Hertogenbosch 25 maart 2009, *LJN* BI6348.

¹⁴³ Rb. Utrecht 14 juni 2012, *LJN* BW9583 en Rb. 's-Hertogenbosch 23 maart 2012, *LJN* BX7049.

¹⁴⁴ Rb. Maastricht 21 juni 2010, *LJN* BM9283, *TvS* 2011, 323. Zie in gelijke zin Rb. Leeuwarden 8 juli 2010, 104409 FT RK 10/303 (niet gepubliceerd). Verzoeker had een gemachtigde.

¹⁴⁵ Rb. Leeuwarden 8 juli 2010, 104409 FT RK 10/303 (niet gepubliceerd).

¹⁴⁶ Zie bijvoorbeeld Rb. 's-Hertogenbosch 25 februari 2011, *LJN* BP6074 en Rb. Amsterdam 2 november 2010, *LJN* BP7372.

wordt, is een proceskostenveroordeling niet op haar plaats.¹⁴⁷ Indien deze voor het eerst (bij de schuldeiser) bekend wordt bij de oproeping voor de zitting lijkt een proceskostenveroordeling slechts op haar plaats als uit die oproeping duidelijk blijkt dat de schuldeiser – mogelijk – nieuwe informatie ontvangt en geacht wordt zijn weigering te heroverwegen. In die zin oordeelde het Hof Arnhem in een arrest uit 2008 waarin de weigerende schuldeiser de appellant was:¹⁴⁸ ‘Het hof ziet echter aanleiding de kosten te compenseren in die zin dat ieder de eigen kosten zal dragen van zowel de procedure in eerste aanleg als die van het hoger beroep. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat van [appellant], zoals het hof hiervoor om de aangegeven reden overwoog, niet op voorhand medewerking aan het dwangakkoord kon worden verlangd. Daarbij geldt dat [geïntimeerden] pas in een laat stadium van de procedure in hoger beroep de gegevens hebben verschaft die minimaal nodig zijn voor de beoordeling van de vraag of van [appellant] een dergelijk offer kan worden gevergd. Al vóór de aanvang van de procedure hadden zij [appellant] eigener beweging een volledig inzicht in die gegevens moeten verschaffen. Dat het hof, omdat met de procedure in zaken van dwangakkoorden nog weinig ervaring bestond, dit uit een oogpunt van een behoorlijke rechtspleging niet onmiddellijk ten nadele van [geïntimeerden] heeft willen doen werken, pleit voor een compensatie van de kosten.’

Daarnaast is verdedigbaar dat geen proceskostenveroordeling wordt uitgesproken als de schuldeiser wegens zijn bijzondere positie niet op vrijwillige basis mag meewerken aan een minnelijke schuldsanering. Dit betreft bijvoorbeeld het UWV en de SVB met terugvorderingen van uitkeringen op grond van socialezekerheidswetten. In een aantal van deze socialezekerheidswetten is geregeld wanneer UWV of SVB in mogen stemmen met een akkoord in het minnelijke traject. In bepaalde gevallen, bijvoorbeeld bij schending door de schuldenaar (als uitkeringsgerechtigde) van zijn wettelijke inlichtingenplicht, is die vrijheid sterk ingeperkt.¹⁴⁹ De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de insolventierechter, bij de beoordeling van een 287a-verzoek, niet aan deze regels is gebonden.¹⁵⁰

Indien geoordeeld wordt dat de schuldeiser daadwerkelijk in het ongelijk wordt gesteld dient een proceskostenveroordeling te worden uitgesproken. Het voert te ver te eisen dat reeds in het minnelijke traject moet zijn aangekondigd dat een proceskostenveroordeling wordt gevraagd. Het zou gelet op de jurisprudentie zelfs misleidend zijn als de schuldeiser zou worden medegedeeld dat die gegeven zal worden.

De vraag is vervolgens om welke proceskosten het gaat. Griffierecht is niet verschuldigd. Als verzoeker geen gemachtigde heeft zal het gaan om reis- en/of verletkosten zoals bedoeld in art. 239 Rv. Er zijn enkele uitspraken waarin de schuldeiser wordt veroordeeld om de reiskosten te voldoen.¹⁵¹ Als de verzoeker een gemachtigde heeft, ziet een proceskostenveroordeling op de kosten van deze gemachtigde. Het is de vraag of verzoeker steeds een gemachtigde heeft in die zin dat deze de procedure namens de verzoeker voert. Het komt geregeld voor

147 In die zin Rb. 's-Hertogenbosch 10 april 2012, *LJN* BX6258.

148 Hof Arnhem 12 september 2008, *LJN* BF0769. In deze zin Rb. Utrecht 28 juni 2012, *LJN* BX0521.

149 Zie bijvoorbeeld art. 36c WW en 34 Zw.

150 HR 9 juli 2010, *LJN* BM3975, *NJ* 2010/648, m.nt. Verstijlen. Ten aanzien van SVB zie: Rb. Midden-Nederland 27 maart 2014, *ECLI:NL:RBMNE:2014:1279*.

151 Rb. Maastricht 21 juni 2010, *LJN* BM9283, *TvS* 2011, 323.

dat de verzoeker wordt bijgestaan door een derde, veelal een schuldhelpverlener. Deze schuldhelpverlener helpt verzoeker weliswaar maar voert niet de procedure. Dat doet verzoeker zelf. Dit onderscheid tussen een gemachtigde en degene die bijstand verleent, wordt gemaakt in art. 80 Rv. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 80 Rv blijkt dat deze bepaling met art. 8:24 Awb is afgestemd.¹⁵² Het onderscheid kan aan de hand van die wetsbepaling (art. 8:24 Awb) en haar ontstaansgeschiedenis als volgt worden geduid. Van bijstand is sprake als de bijgestane partij persoonlijk aanwezig is en zelf de processuele handelingen verricht. Het recht zich te laten bijstaan door een ander impliceert het recht die ander op een zitting het woord te laten voeren. Het verschil met de gemachtigde is dat deze de verzoeker vertegenwoordigt. Van vertegenwoordiging (door een gemachtigde) is sprake als de vertegenwoordigde partij niet persoonlijk of alleen als waarnemer aanwezig is. Kern van deze rechtsfiguur is dat handelingen van de vertegenwoordiger aan de vertegenwoordigde worden toegerekend. Degene die zijn belangen in een procedure in handen legt van een gemachtigde moet in het algemeen de gevolgen van diens processuele optreden dragen.¹⁵³ In kantonzaken komt het geregeld voor dat een partij zich laat bijstaan in voornoemde zin. Te denken valt aan het geval dat een procespartij een kennis, vriend(in) of familielid ter ondersteuning meeneemt en deze mede het woord voert: er is dan geen sprake van vertegenwoordiging. In de dagvaardingsprocedure wordt geen proceskostenveroordeling in verband met de kosten van de bijstandsverlener uitgesproken. De wet biedt daarvoor geen grondslag. Er is tegen die achtergrond onvoldoende aanleiding om in het geval van bijstandsverlening in art. 287a-zaken een proceskostenveroordeling uit te spreken.

Een proceskostenveroordeling is, het voorgaande samenvattend, op haar plaats als het 287a-verzoek wordt toegewezen, de schuldeiser (daadwerkelijk) in het ongelijk wordt gesteld en de procedure namens verzoeker door een gemachtigde is gevoerd.

De kosten van de gemachtigde, bijvoorbeeld een gemeentelijke schuldhelpverlener, komen niet steeds ten laste van de verzoeker. Kan dan een proceskostenveroordeling gegeven worden?¹⁵⁴ In de dagvaardingsprocedure wordt een proceskostenveroordeling eveneens uitgesproken indien een partij procedeert met een gemachtigde die in dienst is van zijn rechtsbijstandsverzekeraar.¹⁵⁵ Als duidelijk is dat geen kosten betaald worden, wordt in het bestuursrecht geen proceskostenveroordeling uitgesproken. Een no cure no pay afspraak is in beginsel voldoende.¹⁵⁶ De Hoge Raad wijst in zijn uitspraak ten aanzien van de proceskosten van een gemachtigde in kort geding eveneens naar de 'ter zake gemaakte kosten'.¹⁵⁷

¹⁵² Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 240.

¹⁵³ Borman 2013, (T&C Awb), aant. 2 bij art. 8:24.

¹⁵⁴ Zie in dit verband Rb. Arnhem 28 april 2011, *LJN* BQ3186.

¹⁵⁵ Zie Hof Amsterdam 7 september 2007, *NJF* 2007/32 voor wat betreft buitengerechtelijke incassokosten bij een partij met een rechtsbijstandsverzekering. Er is verzekeringspremie betaald.

¹⁵⁶ Hof Amsterdam 13 oktober 2011, *LJN* BV1609. Vgl. voorts HR 26 september 2014, *ECLI:NL:HR:2014:2797* een no cure no pay-afpraak staat niet in de weg aan toewijzing van een vordering tot vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten ex art. 6:69 lid 2 onder b en c BW.

¹⁵⁷ HR 27 november 2009, *LJN* BJ7929, *FED* 2010, 12, m.nt. E. Poelman, *BNB* 2010, 63, m.nt. B.J. van Ettekhoven, *VN* 2009/61.10, m.nt. Red, *BB* 2009, 1621, m.nt. Kruimel.

Dit overziende is de conclusie dat een proceskostenveroordeling slechts op haar plaats is indien (de) kosten van de gemachtigde ten laste van verzoeker komen.¹⁵⁸

De volgende vraag is op welke wijze de kosten van de gemachtigde vastgesteld of begroot moeten worden. Hiervoor is gebleken dat in de jurisprudentie veel verschillende criteria worden gehanteerd. Het ligt voor de hand aansluiting te zoeken bij de wijze waarop proceskosten in verzoekschriftprocedures worden vastgesteld. In eerste aanleg geldt daarbij dat geen sprake is van een verplichte procesvertegenwoordiging. Voor zaken van onbepaalde waarde geldt een tarief van € 60,- tot € 800,- per punt.¹⁵⁹ Voor zowel het indienen van het verzoek- als verweerschrift als het verschijnen ter zitting wordt een punt toegekend. Voor zaken waarin ontbinding van een huurovereenkomst en ontruiming van een woning wordt gevorderd, wordt € 150,- per punt voor het salaris van de gemachtigde toegekend. Dit tarief geldt tevens voor vorderingen tussen de € 1.250,- en € 2.500,-. Voor vorderingen van € 500,- tot € 1.250,- geldt een tarief van € 100,- per punt. Een tarief van € 100,- à € 150,- lijkt goed te passen bij de aard, het belang en de gemiddelde omvang van de procedure van art. 287a.

Niet is bepaald dat de verzoeker zelf bij afwijzing van het verzoek in de proceskosten (van de niet-instemmende schuldeiser) kan worden veroordeeld. Onmogelijk lijkt dat echter niet. De Hoge Raad heeft immers in een arrest van 11 april 2008 geoordeeld dat bij procedures ex art. 358a (ontneming schone lei) met overeenkomstige toepassing van art. 289 Rv een proceskostenveroordeling ten laste van de voormalige schuldenaar kan worden uitgesproken.¹⁶⁰

5.6.3 *Uitvoerbaarheid bij voorraad?*

In art. 287a is niet bepaald dat een beslissing op het verzoek uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard. Vonnissen waarin het 287a-verzoek wordt toegewezen worden desondanks vaak wel uitvoerbaar bij voorraad verklaard. Uit die uitspraken blijkt niet dat schuldenaar daarom heeft verzocht. Dit wekt de indruk dat de insolventierechter – wellicht onbewust – 287a-verzoeken als een voorlopige voorzieningenprocedure beschouwt.¹⁶¹ Anderzijds geldt dat in het toepasselijke, althans analogisch toe te passen, art. 288 Rv (titel 3) is bepaald dat de rechter een (eind)beschikking uitvoerbaar bij voorraad kan verklaren. Uit de wetsgeschiedenis van art. 288 Rv volgt dat hij dat ambtshalve kan doen.¹⁶²

Overigens lijkt er niet veel noodzaak het vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. De schuldeiser die het betreft kan weliswaar in hoger beroep komen, maar de appeltermijn is zeer kort (acht dagen) en in de praktijk wordt zelden

¹⁵⁸ In die zin de annotatoren B.J. van Ettekhoven en E. Poelman bij het in de vorige noot genoemde arrest van de Hoge Raad.

¹⁵⁹ Zie de Staffel buitengerechtelijke incassokosten (BIK) en salarissen in rolzaken kanton op rechtspraak.nl (procedures/landelijke regelingen).

¹⁶⁰ HR 11 april 2008, *LJN* BC2721, *NJ* 2008/221, zie voorts par. 2.5.2

¹⁶¹ Dit blijkt in elk geval uit de literatuur. Wessels en Lammers menen dat de insolventierechter bij de beoordeling van een 287a-verzoek in feite als voorzieningenrechter optreedt. Wessels *Insolventierecht* IX 2012/9065d en Lammers, *GS Faillissementswet*, art. 287a aant. 8. Kortmann & Faber 2007, p. 379, kenschetsen deze procedure als een kortgedingprocedure. De minister verwijst, waar het gaat om de proceskostenveroordeling ook naar kortgedingprocedures, zie *Kamerstukken II* 2005/06, 29 942 nr. 7, p. 80.

¹⁶² *Kamerstukken II* 1963/64, 7753, nr. 3, p. 7.

hoger beroep ingesteld door schuldeisers. Bij een percentageakkoord zal degene die het akkoord financiert bovendien met de uitvoering van de schuldregeling willen wachten tot de uitspraak – waarin het 287a-verzoek werd toegewezen – in kracht van gewijsde gaat. Bij een prognoseakkoord kan de schuldenaar – ervan uitgaande dat beslaglegging op het inkomen van de schuldenaar/verzoeker daaraan niet in de weg staat – beginnen met het sparen voor de schuldeisers. Tot uitbetaling aan schuldeisers zal het, binnen de termijn waarop in hoger beroep een beslissing kan worden verwacht, niet komen. Wel zou op basis van een uitvoerbaarbijvoorraadverklaring kunnen worden betoogd dat de weigerende schuldeiser met de toewijzing van het 287a-verzoek niet (meer) gerechtigd is tot het nemen of voortzetten van executiemaatregelen.

5.7 Verhouding tot een bodemprocedure

Bij art. 287a-verzoeken is geen sprake van een bodemprocedure, het is zelf een bodemprocedure. In de procedure van art. 287a wordt het geschil tussen de verzoeker en de weigerende (niet-instemmende) schuldeiser immers definitief beslecht. Er moet bij het 287a-verzoek weliswaar een Wsnp-verzoek worden ingediend, maar dat verzoek hoeft niet te worden gehandhaafd. Dankzij het meer genoemde arrest van de Hoge Raad van 14 december 2012 is het zelfs mogelijk enkel van een afwijzing van een 287a-verzoek in hoger beroep te komen.

5.8 Rechtsmiddelen

5.8.1 *Art. 292 en de door de Hoge Raad voorgeschreven toepassing*

In art. 292 zijn de rechtsmiddelen tegen uitspraken op 287a-verzoeken geregeld. De schuldeisers die het betreft kunnen hoger beroep instellen tegen het vonnis waarbij een bevel tot instemming met een schuldregeling werd gegeven. Er geldt een korte beroepstermijn van acht dagen. Het is niet duidelijk waarom deze beroepstermijn zo kort is, maar het past wel bij de korte termijnen in art. 287a zelf alsook bij het insolventieprocesrecht. De wetgever heeft er uitdrukkelijk voor gekozen de schuldenaar geen recht van hoger beroep toe te kennen tegen het vonnis waarbij de gedwongen schuldregeling werd afgewezen.¹⁶³ Dit zou de procesgang van de schuldsaneringsregeling te veel compliceren. Blijkens art. 292 lid 3 kan door de schuldenaar een afgewezen 287a-verzoek alleen in het kader van een hoger beroep (of beroep in cassatie) tegen de afwijzing van het onderliggende Wsnp-verzoek aan de hogere rechter worden voorgelegd.¹⁶⁴ De Hoge Raad heeft die bepaling in het arrest van 14 december 2012 arrest echter aangevuld.¹⁶⁵ In dat arrest heeft ons hoogste rechtscollege geoordeeld dat

¹⁶³ *Kamerstukken II*, 29 942 nr. 3, p. 23, nr. 4, p. 3 en nr. 7, p. 87.

¹⁶⁴ Indien het 287a-verzoek is afgewezen en enige tijd daarna het Wsnp-verzoek wordt afgewezen kan de schuldenaar van die laatste beslissing dus in hoger beroep. Hij kan dan tevens het 287a-verzoek aan het hof voorleggen. Dit kan ook als het hoger beroep meer dan acht dagen na de afwijzing van het 287a-verzoek wordt ingesteld, zie Hof Amsterdam 7 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4634.

¹⁶⁵ HR 14 december 2012, *LJN* BY0966, *NJ* 2013/43.

toewijsbaarheid van het Wsnp-verzoek geen voorwaarde voor toewijsbaarheid van het 287a-verzoek is. De Hoge Raad heeft daarbij onder ogen gezien dat dat oordeel gevolgen heeft voor de toepassing van het stelsel van rechtsmiddelen van art. 292 en beslist dat de schuldenaar hoger beroep (en beroep in cassatie) kan instellen indien het 287a-verzoek wordt afgewezen en er niet is beslist op het onderliggende Wsnp-verzoek omdat dit is ingetrokken. De Hoge Raad beschrijft in het arrest van 14 december 2012 vier gevallen:

a. Het 287a-verzoek wordt afgewezen en het Wsnp-verzoek wordt door de rechtbank toegewezen. Er staat noch voor de schuldenaar noch voor de schuldeisers een rechtsmiddel open. Dit is neergelegd in art. 292 lid 2.

b. Zowel het 287a-verzoek als het Wsnp-verzoek worden door de rechtbank afgewezen. De schuldenaar kan in hoger beroep tegen de uitspraak tot afwijzing van het Wsnp-verzoek. In het inleidende verzoekschrift kan hij tevens zijn 287a-verzoek aan het hof voorleggen, zie art. 292 lid 3, tweede volzin. Als het hof beide verzoeken afwijst, staat van die beslissing beroep in cassatie open. Als het hof vervolgens het 287a-verzoek afwijst maar het Wsnp-verzoek toewijst staat daartegen geen rechtsmiddel open, zie onder a.

c. Het 287a-verzoek wordt afgewezen en verzoeker heeft het Wsnp-verzoek niet gehandhaafd (ingetrokken). Volgens de Hoge Raad brengt een redelijke en met de behoefte van de praktijk strokende uitleg dan mee dat de schuldenaar in hoger beroep kan komen tegen de afwijzing van het 287a-verzoek, zonder daarbij het ingetrokken Wsnp-verzoek in het hoger beroep te betrekken. Als het hof vervolgens het 287a-verzoek afwijst, kan de schuldenaar daartegen cassatieberoep instellen. Het bepaalde in art. 292 lid 3, 4, 5 en 7 is, aldus de Hoge Raad, hierbij van toepassing. Dat betekent dat dezelfde beroepstermijnen gelden (acht dagen) en dat het beroep moet worden ingesteld door het indienen van een verzoekschrift. Hiermee creëert de Hoge Raad een nieuw, buitenwettelijk rechtsmiddel. Opvallend is dat de Hoge Raad er geen aandacht aan schenkt dat de wetgever er juist uitdrukkelijk voor heeft gekozen de verzoeker in dit geval geen recht van hoger beroep toe te kennen.

d. Het 287a-verzoek wordt toegewezen. De schuldeiser die het betreft kan tegen die toewijzing in hoger beroep komen. Als dat beroep wordt verworpen, kan beroep in cassatie worden ingesteld. Als het 287a-verzoek in hoger beroep alsnog wordt afgewezen dan dient het hof te onderzoeken of de schuldenaar zijn Wsnp-verzoek in hoger beroep handhaaft. Aangenomen moet worden dat het hof, indien dat het geval is, op dat (subsidiäre) Wsnp-verzoek moet beslissen. Als dat wordt toegewezen staat geen rechtsmiddel open. Als het wordt afgewezen kan beroep in cassatie worden ingesteld (van beide beslissingen).

In het geval beschreven onder c kent de Hoge Raad de schuldenaar dus, buiten de wet om, een recht van hoger beroep toe. Het Wsnp-verzoek, dat wil zeggen de daarbij horende informatie, dient nog wel als onderbouwing van het 287a-verzoek maar staat daar los van omdat (a) toelating tot de schuldsaneringsregeling geen voorwaarde is voor toewijzing van het 287a-verzoek, (b) het Wsnp-verzoek kan worden ingetrokken en (c) hoger beroep en beroep in cassatie slechts het 287a-verzoek kunnen betreffen.

De Hoge Raad noemt niet het geval dat beide verzoeken (287a- en Wsnp-verzoek) worden afgewezen en dat de schuldenaar alleen appelleert van de

afwijzing van het 287a-verzoek. Die situatie deed zich voor in de zaak die leidde tot een uitspraak van Hof 's-Hertogenbosch in 2010. De schuldenaar/verzoeker had zelfs bewust geen beroep ingesteld tegen de afwijzende beslissing van de rechtbank op het Wsnp-verzoek en zich dus beperkt tot een beroep tegen de afwijzing van het 287a-verzoek.¹⁶⁶ Het hof oordeelde onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis dat dit niet mogelijk is en verklaarde verzoeker niet-ontvankelijk in het hoger beroep. In zijn arrest van 21 december 2010 herhaalde hij dit oordeel.¹⁶⁷ In het licht van het arrest van 14 december 2012 is dit waarschijnlijk niet juist. Het niet-appelleren van de afwijzing van het Wsnp-verzoek kan immers gelijk worden gesteld met het (alsnog) intrekken van dat Wsnp-verzoek.¹⁶⁸

5.8.2 *Niet-ontvankelijkverklaring en hoger beroep*

Het is mogelijk dat de verzoeker niet-ontvankelijk wordt verklaard in zowel het 287a-verzoek als het Wsnp-verzoek. Het gaat om gevallen waarin de rechter oordeelt dat het Wsnp-verzoek niet compleet is. Het is vaste jurisprudentie dat ook van een niet-ontvankelijkverklaring hoger beroep kan worden ingesteld.¹⁶⁹ Hof Arnhem heeft geoordeeld dat het 287a-verzoek niet voor het eerst in hoger beroep kan worden gedaan.¹⁷⁰

5.8.3 *Griffierecht in (hoger) beroep*

Voor de indiening van het 287a-verzoek is geen griffierecht verschuldigd omdat het onderdeel uitmaakt van het Wsnp-verzoek en daarvoor (evenmin) griffierecht is verschuldigd. De Hoge Raad heeft meermalen beslist dat een schuldenaar geen griffierecht is verschuldigd als hij in beroep (in cassatie) komt van een afwijzing van het Wsnp-verzoek.¹⁷¹ Dit is inmiddels vastgelegd in de Wet griffierechten burgerlijke zaken (art. 4 lid 2 onder j).

In het 14 december 2012-arrest overweegt de Hoge Raad dat evenmin griffierecht is verschuldigd door de schuldenaar die een rechtsmiddel aanwendt tegen afwijzing van zijn 287a-verzoek respectievelijk Wsnp-verzoek.¹⁷² Hieruit moet worden afgeleid dat dit ook geldt als het Wsnp-verzoek is ingetrokken en het rechtsmiddel enkel de afwijzing van het 287a-verzoek betreft.

Als een schuldeiser een rechtsmiddel instelt tegen toewijzing van het 287a-verzoek is hij wel griffierecht verschuldigd.

¹⁶⁶ Hof 's-Hertogenbosch 7 december 2010, *LJN* BO6687.

¹⁶⁷ Hof 's-Hertogenbosch 21 december 2010, *LJN* BO8515.

¹⁶⁸ Zie Hof 's-Hertogenbosch 16 februari 2013, *LJN* BZ3524. Blijkens het arrest had de rechtbank het Wsnp-verzoek afgewezen. Er was mede geappelleerd van die afwijzing. Dit hoger beroep werd nadien ingetrokken. Dat leidde niet tot niet-ontvankelijkverklaring van verzoeker (dit werd op andere gronden beslist).

¹⁶⁹ In HR 29 januari 2010, *LJN* BK4947, *NJ* 2010/69 is beslist dat een verzoeker wel in hoger beroep kan als zijn Wsnp-verzoek niet-ontvankelijk is verklaard wegens overschrijding van de termijn van art. 3. HR 17 januari 2014, *ECLI:NL:HR:2014:96* oordeelt dat een niet-ontvankelijkverklaring in het verzoek tot toelating tot de schuldsaneringsregeling een einduitspraak is en dat met een hoger beroep tegen een dergelijk vonnis van de rechtbank de hele zaak naar de hogere rechter ter beslissing wordt overgebracht.

¹⁷⁰ Hof Arnhem 17 april 2008, *LJN* BD1252.

¹⁷¹ HR 8 juli 2011, *LJN* BQ3883, HR 11 november 2011, *LJN* BU4020 en HR 2 november 2012, *LJN* BX5578.

¹⁷² HR 14 december 2012, *LJN* BY0966, *NJ* 2013/43.

5.8.4 Herroeping

Herroeping van een beschikking is mogelijk op grond van art. 390 Rv. Dit rechtsmiddel wordt besproken omdat herroeping van een beslissing op 287a-verzoeken in de parlementaire geschiedenis aan de orde is geweest. In de Eerste Kamer is bij de behandeling van wetsontwerp 29 942 namelijk gesproken over de gevolgen van het niet-nakomen van een gedwongen schuldregeling. De schuldeiser die gedwongen deelneemt aan de schuldregeling kan, volgens de minister, geen beroep doen op een wilsgebrek (zoals dwaling of bedrog) omdat de uitspraak van de rechter juist in plaats van de wilsbepaling van de schuldeiser is gekomen.¹⁷³ De minister heeft toen verklaard dat deze gedwongen schuldeiser wellicht een procedure tot herroeping van de uitspraak (op grond van art. 382 Rv e.v.) kan aanspannen met een beroep op bedrog of op het achterhouden van stukken van beslissende aard.¹⁷⁴ De minister verwees naar art. 382 Rv omdat een beslissing op het 287a-verzoek als vonnis wordt aangemerkt. Indien de beslissing de vorm van een beschikking krijgt, hetgeen logisch is, geldt dat het herroepingsverzoek op art. 390 Rv kan worden gebaseerd. Het criterium is daarbij hetzelfde omdat art. 390 Rv voor de herroepingsgronden verwijst naar art. 382. Die gronden zijn dat de beschikking berust op bedrog door de wederpartij (schuldenaar) in het geding gepleegd, berust op stukken waarvan de valsheid na de beschikking is erkend of bij gewijsde vastgesteld, of de partij na de beschikking stukken van beslissende aard in handen heeft gekregen die door toedoen van de wederpartij (de schuldenaar) waren achtergehouden.

5.9 Het toepassingsgebied van art. 287a

5.9.1 *Een 287a-verzoek indien toelating tot de schuldsaneringsregeling niet mogelijk is*

In deze paragraaf wordt nagegaan of en zo ja, wanneer een 287a-verzoek kan worden toegewezen indien toelating tot de schuldsaneringsregeling niet mogelijk is.

De Hoge Raad heeft art. 287a met zijn oordeel in het 14 december 2012-arrest in zekere mate los gekoppeld van de schuldsaneringsregeling. Dit betekent niet dat die schuldsaneringsregeling zonder betekenis is. Integendeel, vrijwel alle voorstellen die de schuldhulpverlener in het minnelijke traject aan schuldeisers doet, zijn gebaseerd op hetgeen naar verwachting in een schuldsaneringsregeling aan de schuldeisers kan worden uitgekeerd. De kosten van een schuldsaneringsregeling zijn door enkele wijzigingen ten opzichte van een spaartraject in de minnelijke fase relatief hoog geworden. Niet alleen is het griffierecht voor het deponeren van een slotuitdelingslijst sterk gestegen (tot € 599,- in 2014) maar ook dienen de kosten van de bewindvoerder sinds 1 oktober 2013 volledig uit de boedel te worden voldaan. Deze kosten bedragen minimaal ongeveer € 2.900,- (alleenstaande) tot maximaal ongeveer € 4.975,- (echtpaar in gemeenschap van

¹⁷³ *Kamerstukken I* 2006/07, 29 942, nr. C, p. 5 en 6.

¹⁷⁴ Zie vorige noot.

goederen getrouwd met schulden uit onderneming). Sparen in een minnelijk traject kost daarentegen (NVVK-tarief) slechts 9% van het totale spaarsaldo. Als bijvoorbeeld € 20.000,- wordt gespaard zijn de kosten slechts € 1.800,-.

De jurisprudentie geeft geen antwoord op de vraag wanneer een 287a-verzoek kan worden toegewezen indien een schuldenaar niet tot de schuldsaneringsregeling kan worden toegelaten. De schuldenaar zou zijn aanbod dan als het ware kunnen verdedigen doordat hij aannemelijk maakt dat het bod beter is dan hetgeen in een faillissementsakkoord kan worden aangeboden. De schuldenaar zou immers aangifte van zijn eigen faillissement kunnen doen en vervolgens in dat faillissement een akkoord aanbieden. De kosten van een dergelijk als het ware voorgekookt faillissementsakkoord hoeven niet veel hoger te liggen dan de kosten van een schuldsaneringsregeling, maar zijn natuurlijk wel moeilijk in te schatten omdat niet op voorhand duidelijk is welk tarief de te benoemen curator rekent noch hoeveel tijd hij aan het faillissement zal besteden. De schuldenaar zou dit alternatief kunnen concretiseren door in zijn aanbod reeds bij voorbaat om een volmacht voor het instemmen met een dergelijk faillissementsakkoord te vragen. Deze constructie lijkt slechts mogelijk indien de schuldenaar zijn aanbod met een geldlening (saneringskrediet) kan financieren.

Er is echter een belangrijke complicerende factor, te weten de positie van de schuldeisers met een preferente vordering. Een akkoord in een faillissement werkt niet tegenover deze schuldeisers. Zij zijn daaraan dus niet gebonden. Indien de schuldenaar/gefaillieerde een preferente schuldeiser wil binden aan een dergelijke akkoord (met name door in te stemmen met een dubbel percentage van de vordering) kan hij in een aparte procedure trachten die schuldeiser daartoe te dwingen. Uit een tweetal arresten uit 2012 van de Hoven 's-Hertogenbosch¹⁷⁵ en Leeuwarden¹⁷⁶ kan worden afgeleid dat het niet eenvoudig is de belangrijkste preferente schuldeiser, de ontvanger, daartoe te dwingen indien een schuldsaneringsregeling niet mogelijk is. De uitspraak van Hof Leeuwarden betrof een schuldenaar die in 2000 tot de schuldsaneringsregeling was toegelaten. In 2003 was deze regeling geëindigd met toekenning van de schone lei. In 2007, zo valt uit te zien uit de uitspraak, was hij een eenmanszaak gestart. In de periode tot oktober 2009 was in verband daarmee een aanzienlijke belastingschuld (loonbelasting) ontstaan. In september 2010 werd hij op eigen aangifte failliet verklaard. Het was daarbij direct al de bedoeling in dat faillissement een akkoord aan te bieden. Dit is ook geschied. In verband daarmee heeft gefailleerde de ontvanger verzocht mee te werken aan de totstandkoming van dat akkoord en in te stemmen met een dubbel percentage van wat de concurrente schuldeisers zouden ontvangen. De ontvanger heeft dat bij brief van 22 januari 2011 geweigerd onder verwijzing naar art. 73.4.16 van de Leidraad Invordering 2008. Daarin is als voorwaarde voor medewerking (in de vorm van kwijtschelding van een deel van de belastingschuld) gesteld dat gefailleerde tot de schuldsaneringsregeling kan worden toegelaten. Vanwege de eerdere toelating was dat pas mogelijk in de loop van 2013 (art. 288 lid 2 onder d). De gefailleerde had vervolgens de ontvanger in kort geding gedagvaard en medewerking aan het akkoord in voornoemde zin – gevorderd. De voorzieningenrechter had die

¹⁷⁵ Hof 's-Hertogenbosch 24 april 2012, *LJN* BW4222.

¹⁷⁶ Hof Leeuwarden 16 oktober 2012, *LJN* BY0514.

vordering toegewezen. De ontvanger ging daarvan in hoger beroep. Hof Leeuwarden wees de vordering alsnog af. Het Hof oordeelt daartoe allereerst dat de vordering moet worden beoordeeld naar hetgeen geldt voor buitengerechtelijke akkoorden en verwees daarbij naar het Payroll-arrest en het arrest van de Hoge Raad van 21 mei 1999.¹⁷⁷ Het hof concludeerde dat bij de toewijzing van een vordering tot medewerking aan een buitengerechtelijk akkoord terughoudendheid geboden is en dat slechts onder zeer bijzondere omstandigheden plaats kan zijn voor een bevel aan een schuldeiser om aan de uitvoering van een hem aangeboden akkoord mee te werken. Vervolgens overwoog het hof dat in het bijzonder een rol speelt dat de ontvanger een bestuursorgaan is in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) die met betrekking tot verzoeken om medewerking aan een buitengerechtelijk akkoord beleidsregels heeft vastgesteld als bedoeld in art. 1:3 lid 4 Awb in samenhang met titel 4.3 Awb. Op grond van art. 4:84 Awb handelt het bestuursorgaan overeenkomstig de beleidsregel, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen. Het antwoord op de vraag of de ontvanger misbruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid als bedoeld in art. 3:13 lid 2 BW wordt, aldus het hof, mede ingekleurd door het antwoord op de vraag of de ontvanger in overeenstemming met art. 4:84 Awb heeft gehandeld. Het hof oordeelde dat dat het geval was en liep daarbij de diverse regelingen na. In dit kader is vooral van belang dat het hof in zijn overwegingen betrok dat gefailleerde nog een aanzienlijke verdien capaciteit had. Het hof was verder van oordeel dat het in art. 73.4.16 Leidraad Invordering 2008 opgenomen uitgangspunt dat omzetting van het faillissement in een wettelijke schuldsanering mogelijk moet zijn, niet onaanvaardbaar is. Zou namelijk in een geval dat toegang tot de wettelijke schuldsaneringsregeling niet mogelijk is toch moeten worden meegewerkt aan een buitengerechtelijk akkoord dan zou daarmee in strijd met de bedoeling van de wetgever alsnog een schuldsaneringsregeling naast de wettelijke regeling mogelijk worden gemaakt. Daarbij kan er niet aan voorbij worden gegaan dat, zoals de ontvanger heeft betoogd, bij een akkoord de concurrentieverhoudingen worden verstoord en het gelijkheidsbeginsel wordt doorbroken. Het belang van de concurrente schuldeisers bij voldoening van hun vordering achtte het hof van ondergeschikte aard. De situatie waarin zij verkeren is, aldus het hof, inherent aan het feit dat concurrente crediteuren in een faillissement geen bevoorrechte positie hebben en pas als laatste aan bod komen.

Een andere complicerende factor is dat een eenmaal aangenomen faillissementsakkoord moet worden gehomologeerd door de rechtbank (art. 153). De gronden voor weigering van homologatie zijn niet-limitatief opgesomd in art. 153. Een gedachte kan zijn dat die homologatie wordt geweigerd omdat in het andere geval de in art. 288 neergelegde regels dat niet ieder tot de schuldsaneringsregeling wordt toegelaten worden omzeild. De Rechtbank 's-Hertogenbosch heeft een dergelijk akkoord wel gehomologeerd. De rechtbank achtte van belang dat de meerderheid van de schuldeisers akkoord was gegaan en dat tevens vaststond dat de schuldeisers met het akkoord meer zouden ontvangen dan indien akkoordaanbieding achterwege zou zijn gebleven. Indien de gefailleerde tot de schuldsanering

177 HR 21 mei 1999, *NJ* 1999/507, *JOR* 1999/213, m.nt. A.D.W. Soedira.

zou zijn toegelaten, was er bovendien minder gespaard voor de schuldeisers zodat de overige schuldeisers ook in die zin beter af zijn met het akkoord. De rechtbank nam daarbij in ogenschouw dat er niet de verwachting is dat de schuldeisers buiten een akkoord en insolventie om een grotere betaling tegemoet kunnen zien in de toekomst en concludeerde dat weigering van de homologatie van het akkoord tot benadeling van de overige schuldeisers zou leiden.¹⁷⁸ Dit laatste wordt echter niet toegelicht. In een uitspraak uit 2011 heeft het Hof 's-Hertogenbosch de beslissing van de Rechtbank Roermond om een akkoord te homologeren vernietigd omdat de gefailleerde voorafgaand aan het faillissement een van de schuldeisers opzettelijk in zijn belangen had benadeeld alsook omdat gefailleerde in de toekomst in staat werd geacht zijn schuldeisers af te betalen. Die benadeling bestond eruit dat gefailleerde de aan de schuldeiser verpande inventaris had verkocht en de opbrengst niet aan die schuldeiser had afgedragen.¹⁷⁹ Dit is een aanwijzing dat een akkoord niet gehomologeerd wordt als gefailleerde niet te goeder trouw is ten aanzien van het ontstaan of onbetaald laten van schulden.

De conclusie is dat het niet eenvoudig is in te schatten wat een schuldeiser zal ontvangen indien bij een faillissement een akkoord wordt aangeboden. Allereerst zijn de kosten van dat faillissement, anders dan van een schuldsaneringsregeling, op voorhand lastig in te schatten. Daarnaast is het de vraag of de belastingdienst in het kader van dat akkoord genoeg zal (moeten) nemen met het dubbel percentage van hetgeen aan de concurrente schuldeisers wordt geboden. Indien de belastingdienst zijn medewerking weigert zal deze niet snel tot medewerking kunnen worden gedwongen. Tot slot is niet geheel zeker dat het akkoord, waar een schuldsaneringsregeling niet mogelijk is, gehomologeerd zal worden.

5.9.2 *Een 287a-verzoek in combinatie met een ander verzoek*

De combinatie van een 287a-verzoek met een 287 lid 4-verzoek is besproken in par. 3.9.3. In de jurisprudentie en literatuur zijn geen andere combinaties of samenlopen van verzoeken aangetroffen. Overeenkomstig het in het KEI-wetsvoorstel opgenomen art. 30b Rv (nieuw) kan een verzoek met een vordering worden gecombineerd. Vooralsnog lijkt een dergelijke combinatie niet aantrekkelijk. In dat geval zal immers griffierecht betaald moeten worden en mogelijk is dan sprake van verplichte procesvertegenwoordiging. Nader onderzoek naar de voor- en nadelen van het combineren van verzoeken met een 287a-verzoek is gewenst.

5.10 **Het functioneren en bestaansrecht van art. 287a**

In de literatuur zijn verschillende geluiden over art. 287a en het functioneren ervan te horen.

Nethe, Schruer en Smits beschouwen art. 287a als een waardevolle en/of succesvolle aanvulling op de mogelijkheden te komen tot een sanering van

¹⁷⁸ Rb. 's-Hertogenbosch 7 oktober 2009, *LJN* BN1722, *JOR* 2010, 208.

¹⁷⁹ De uitspraak van het Hof is te kennen via die van de rechtbank: Rb. Roermond 20 juli 2011, *LJN* BW3385, *JOR* 2012, 128, m.nt. Timmerman.

problematische schulden bij natuurlijke personen.¹⁸⁰ Zij betrekken hierbij uitdrukkelijk de maatschappelijke belangen die zijn gemoeid met het oplossen van problematische schulden en in het verlengde daarvan de preventieve werking die volgens hen uitgaat of hopelijk uitgaat van art. 287a. Salomons lijkt dezelfde mening toegedaan waar hij de Hoge Raad in het Payroll-arrest te streng vindt.¹⁸¹ In par. 2.5 is reeds gebleken dat het maatschappelijk belang een rol speelt in het insolventieprocesrecht. Het is dus niet vreemd dat genoemde schrijvers dit belang bij hun overwegingen over art. 287a betrekken.

Noordam is ook positief over 287a maar wijst op een groot aantal onduidelijkheden in de procedure.¹⁸² Belangrijk voordeel van art. 287a – en verschil met de voorheen bestaande kort geding praktijk – is volgens deze vier schrijvers dat de rechter bij de beoordeling van het 287a-verzoek over een volledig Wsnp-verzoek beschikt. Houben daarentegen is, in een artikel dat in 2006 verscheen, veel kritischer. Zij is bevreesd dat het criterium van art. 3:13 BW minder streng wordt ingevuld vanuit de wens het minnelijke traject te versterken. Zij meent dat maatschappelijke belangen, zoals het belang bij het versterken van het minnelijke traject, niet mogen meewegen bij het inperken van de rechten van schuldeisers.¹⁸³ Poelman is met name kritisch over de dwangregeling indien de schuldenaar sollicitatieplichtig is.¹⁸⁴

Er is mij geen breed kwantitatief onderzoek bekend naar het functioneren van art. 287a. Wel is er een afstudeerscriptie van Kloos uit 2012 waarin deze vraag is onderzocht.¹⁸⁵ Daarbij zijn in een enquête onder 90 schuldeisers en deurwaarders vragen gesteld over de werking van art. 287a. Uit de antwoorden van de 30 respondenten blijkt dat als er minder weigerende schuldeisers zijn, men meer geneigd is (alsnog) in te stemmen met het voorstel. Het onderzoek is te beperkt van omvang om hieruit verantwoorde conclusies te kunnen trekken, maar het is wel interessant dat de respondenten er bezwaar tegen hebben dat zij geen enkele invloed hebben op de inhoud van de minnelijke schuldregeling. Er is geen ander keuze dan om al of niet akkoord te gaan met het voorstel. Dat wordt als een wurgmiddel ervaren. Voorts is opvallend dat twee derde van de respondenten aangaf dat zij na aanvankelijke weigering alsnog met een minnelijke regeling instemden omdat een dwangakkoord dreigde. Het is in dat licht niet denkbeeldig dat het hoge percentage intrekkingen van 287a-verzoeken (47% in 2013) wordt veroorzaakt door schuldeisers die op hun schreden terugkeren en alsnog met een minnelijke schuldregeling instemmen.¹⁸⁶ Hiermee lijkt art. 287a zijn bestaansrecht bewezen te hebben, maar nader onderzoek is gewenst.

180 Nethe, 'Dwangakkoord: enige beschouwingen rondom de toepassing van art. 287a Fw', *TvI* 2009, 20 en Nethe in haar noot in *TvI* bij HR 9 juli 2010, *LJN* BM3975, *NJ* 2010/648, m.nt. Verstijlen, *TvI* 2010, 29, m.nt. M.Y. H.D.L.M. Schruer en G.J. Ouwehand, 'Geen woorden maar daden', *TvS* 2008/2, p. 16-18, I.R. von Burg, N. Jungmann en H.D.L.M. Schruer, 'Met gepaste dwang: minnelijke middelen in de Wsnp na 1 januari 2008', *TvS* 2008, nr. 2, p. 1-4 en A.L. Smit, 'Wordt het wat met dat dwangakkoord?', *TvS* 2008/1, p. 1.

181 Salomons 2008, p. 254.

182 Noordam, diss. 2007, p. 474.

183 I.S.J. Houben, 'Het onderhands dwangakkoord', *TvI* 2006, 21.

184 M.G.A. Poelman, 'Toekomst prognoseakkoorden onzeker', *TvS* 2011/3, p. 4.

185 Th. Kloos, 'De Preventieve werking van het dwangakkoord art. 287' (ingediend bij de Hogeschool Leiden), van 30 augustus 2012, te vinden op www.wsnp.rvr.org.

186 In die zin de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie in zijn brief d.d. 24 april 2014 aan de Eerste Kamer (kenmerk 497266, p. 5). Te vinden op www.rijksoverheid.nl.

Uit de jurisprudentie rijst het beeld dat rechters 287a-verzoeken met een zekere welwillendheid beoordelen en dat art. 287a de rol vervult die de wetgever voor ogen stond. De vrees van Houben dat het criterium van art. 3:13 BW minder streng wordt ingevuld lijkt in die zin wel bewaarheid. Bezwaren van de schuldeiser tegen het gebrek aan controle op het nakomen van de sollicitatieplicht worden soms gemakkelijk aan de kant geschoven. Meer in het algemeen valt op het relatieve gemak waarmee de rechter oordeelt dat een verzoek goed en betrouwbaar is gedocumenteerd en is getoetst door een deskundige en onafhankelijke partij. Duidelijk is immers dat schuldhulpverleners in beginsel geen controle uitoefenen op de aard en hoogte van de ingediende vorderingen en (nagenoeg) geen onderzoek doen naar eventuele bezittingen (activa). Dergelijke overwegingen wekken meer de indruk van het uitspreken van een toverformule dan dat daaraan een daadwerkelijke en inhoudelijke toetsing ten grondslag ligt. Waarschijnlijk speelt hier een rol dat de insolventierechter zich ten aanzien van de door de 287a-verzoeker gestelde feiten en omstandigheden – zoals hij in het kader van het insolventieprocesrecht gewend is – beperkt tot een (soepel) aannemelijkheidsoordeel.

Houbens vrees dat het maatschappelijke belang bij een minnelijke schuldregeling en het minnelijke traject als zodanig bij de beoordeling van 287a-verzoeken zal meewegen, lijkt tevens bewaarheid. De rol van het maatschappelijk belang blijkt niet uitspraken van lagere rechters, maar wel uit een arrest van de Hoge Raad uit 2010. De Hoge Raad heeft in dat arrest overwogen dat de in art. 287a aan de rechter gegeven bevoegdheid wordt gerechtvaardigd door het maatschappelijk belang dat is gediend met een verantwoorde en evenwichtige schuldsaneringsregeling, die kan uitmonden in een dwangakkoord op de voet van art. 287a.¹⁸⁷ Dit is mijns inziens overeenkomstig de bedoelingen van de wetgever. Bovendien blijkt uit de wetsgeschiedenis van – het met art. 287a vergelijkbare – art. 3:13 BW dat maatschappelijke belangen wel degelijk een rol kunnen spelen bij vorderingen of verzoeken op grond van het daarin neergelegde onevenredigheids criterium. De minister gaf destijds namelijk de volgende toelichting op het onevenredigheids criterium: het ontwerp ‘wil daarmee uitdrukking geven aan het besef, dat een rechthebbende ook bij de uitoefening van zijn burgerrechtelijke bevoegdheden het belang van zijn naasten en van de maatschappij niet geheel uit het oog mag verliezen.’¹⁸⁸ Daarnaast kan gewezen worden op art. 3:12 BW. Hierin is bepaald dat bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen – onder meer – rekening moet worden gehouden met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken. Deze bepaling is in die zin van belang dat de redelijkheid in het toetsingscriterium van art. 287a een belangrijke rol speelt.

De soepele en welwillende beoordeling van 287a-verzoeken wordt geïllustreerd door het feit dat in uitspraken tot medio 2012 vrijwel niet wordt verwezen naar het Payroll-arrest, het arrest waarin de Hoge Raad het toepassingsgebied van art. 287a in feite erg klein maakte.¹⁸⁹ In de loop van 2012 is daarin echter

187 HR 9 juli 2010, *LJN* BM3975, *NJ* 2010/648, m.nt. Verstijlen.

188 Parl. gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1039 e.v.

189 Tot 2012 alleen Rb. Dordrecht 19 mei 2009, *LJN* BJ0053.

kentering gekomen en wordt met enige regelmaat aan dit arrest gerefereerd.¹⁹⁰ Hieruit zou een toegenomen terughoudendheid ten aanzien van 287a-verzoeken kunnen worden afgeleid, maar gelet op het relatief beperkte aantal uitspraken dat gepubliceerd wordt, is die conclusie (nog) niet te trekken.

Opvallend is de snelheid waarmee de procedure wordt doorlopen en het geheel ontbreken van nadere bewijsvoering. Schuldeisers worden veelal op zeer korte termijn opgeroepen voor de zitting waarop het 287a-verzoek wordt behandeld en nadere bewijsvoering door hetzij schuldenaar hetzij schuldeisers vindt niet plaats. Dit past bij de aard van het insolventieprocesrecht, maar vanuit een oogpunt van bescherming van de rechten van schuldeisers en gegeven de fundamentele inbreuk die art. 287a maakt op het uitgangspunt dat schulden worden voldaan, valt dit te betreuren.

5.11 Conclusies en aanbevelingen

5.11.1 Inleiding

In hoofdstuk 1 zijn met betrekking tot art. 287a de volgende onderzoeksvragen gesteld:

- a. Binnen welk procedureel kader dient de procedure van art. 287a te worden gezien?
- b. Op welke wijze wordt art. 287a in de rechtspraak toegepast, tot welke procedurele problemen en onduidelijkheden geeft dit aanleiding en welke problemen doen zich voor in relatie tot het geschetste procedurele kader?
- c. Wat kunnen de voorlopige voorzieningenprocedures en andere regelingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bijdragen aan de verbetering en invulling van de (lacunair beschreven) procedure van art. 287a?
- d. Tot welke voorstellen voor verbetering en aanpassing van (de toepassing van) art. 287a kan het voorgaande leiden?

Het procedurele kader (vraag onder a), waaronder begrepen het insolventieprocesrecht, is in hoofdstuk 2 geschetst. In dit hoofdstuk zijn de vragen onder b en c beantwoord. De procedure van art. 287a is beperkt beschreven. Uit het onderzoek naar de toepassing van art. 287a blijkt dat er veel onduidelijkheden zijn en dat rechters deze op verschillende manieren oplossen. Het in par. 2.5 onderzochte insolventieprocesrecht kenmerkt zich door snelheid en een beperkte toepasselijkheid van de regels van bewijsrecht. Deze kenmerken zijn in het onderzoek naar de rechtspraak over 287a-verzoeken duidelijk terug te vinden. Dit botst echter met de inzet van het geding, te weten een definitieve verkorting van de rechten van schuldeisers. Ook de toepasselijkheid van titel 3, althans de analogische toepassing van die bepalingen, conflicteert daarmee. De rol van het beginsel van hoor en wederhoor is in het insolventieprocesrecht minder

¹⁹⁰ Hof Amsterdam 20 november 2012, *LJN* BY3918, Hof 's-Hertogenbosch 6 december 2012, *LJN* BU7421, Rb. 's-Gravenhage 27 april 2012, *LJN* BW5573, Hof 's-Hertogenbosch 28 juni 2012, *LJN* BX0359, Hof Arnhem-Leeuwarden 30 mei 2013 (niet gepubliceerd, leidend tot HR 4 oktober 2013, *ECLI:NL:HR:2013:860*), Hof Arnhem-Leeuwarden 12 september 2013, *ECLI:NL:GHARL:2013:6699* en Rb. Midden-Nederland 26 november 2013, *ECLI:NL:RBMNE:2013:5871*.

ontwikkeld. Dit is bij het onderzoek gebleken, daar waar de betrokken schuld-eiser bij de oproep voor de mondelinge behandeling van het 287a-verzoek niet alle informatie bij dat verzoek krijgt toegezonden. Dit kan worden verklaard uit het niet-contentieuze karakter van veel procedures op grond van de Faillissementswet. Wellicht speelt hier nog een ander kenmerk van het insolventieproces-recht mee, te weten dat de insolventierechter zich actief opstelt bij de vaststelling van de feiten. Of dit het geval is, kan op grond van het onderhavige onderzoek echter niet worden vastgesteld.

Het in hoofdstuk 2 beschreven procedurele kader indachtig, worden in deze paragraaf voorstellen voor verbetering en aanpassing van (de toepassing van) art. 287a gedaan. Er wordt begonnen bij de fase voorafgaand aan het indienen van een 287a-verzoek en geëindigd met de rechtsmiddelen (art. 292).

5.11.2 *Voorfase, onderzoek naar schulden (passiva) en bezittingen (activa)*

Ten aanzien van alle schuldregelingen, zowel de percentageakkoorden als de liquidatieakkoorden, geldt dat, een uitzonderlijk geval daargelaten, geen deugdelijk onderzoek naar de activa en passiva van de schuldenaar plaatsvindt. Van schuldhulpverlenende instanties mogen op dit gebied niet dezelfde inspanningen verwacht worden als van een bewindvoerder, maar een behoorlijke controle is op zijn plaats en realiseerbaar. Wil een gedwongen schuldregeling een deugdelijke vorm van schuldsanering worden dan is onvermijdelijk dat het minnelijke traject meer op het met waarborgen omklede wettelijke traject gaat lijken. Dit kan worden bereikt aan de hand van protocollen die voorschrijven welke handelingen de schuldhulpverlener dient te verrichten. Daarbij is een rol weggelegd voor de belastingdienst. Bij de inventarisatie van de bezittingen (activa) valt te denken aan¹⁹¹

- a. inzage in de bankafschriften over de periode van minimaal één jaar;¹⁹²
- b. een vorm van een postblokkade;¹⁹³
- c. het (door schuldenaar laten) inwinnen van informatie bij de belastingdienst. Dit betreft met name inzage in de aangiftes en aanslagen inkomstenbelasting over de afgelopen drie jaar, inzage in ontvangen belastingtoeslagen alsook de vraag of in het verleden premies voor (levens)verzekeringen voor de heffing van de inkomsten belasting zijn ‘afgetrokken’ (in verband met afkoop van een levensverzekering) en of sprake is van (nog) verrekenbare fiscale verliezen;
- d. een voorzieningencheck. Deze bestaat uit het controleren van aanspraken op fiscale toeslagen en andere overheidsvoorzieningen, zoals de inkomensloosslag;¹⁹⁴
- e. recherche in een aantal bestanden en registers zoals die van de Rijksdienst voor het Wegverkeer (RDW), de Justitiële Documentatiedienst en het Kadaster en
- f. het afleggen van een huisbezoek.

191 Zie G. Benedictus, ‘Op jacht naar vermogen’, *WP* 2010/1, p. 3.

192 Teneinde na te gaan of sprake is geweest van paulianeuze handelingen. Deze inzage is bij internetbankieren steeds eenvoudig te verkrijgen.

193 Te denken valt aan het gebruik van de doorstuurservice van PostNL.

194 Art. 36 Participatiewet.

Als bezittingen (activa) te gelde zijn gemaakt moet worden toegelicht op welke wijze dat is gebeurd en of en waarom dit tegen de werkelijke waarde is gebeurd.

Inventarisatie van de schulden (passiva) kan als volgt worden vormgegeven:

- a. controle in het register van het Bureau Krediet Registratie (niet zozeer vanwege de hoogte maar wel vanwege het bestaan van eventuele schulden);
- b. opvragen van een overzicht van openstaande zaken (dit is ruimer dan openstaande vorderingen) bij het CJIB;¹⁹⁵
- c. inwinnen van informatie over eventuele openstaande vorderingen bij de belastingdienst;
- d. verlangen van de bekende schuldeisers dat zij aangeven wat de oorspronkelijke hoofdsom is en welke (vertragings)rente, (incasso)kosten, boete(s) en/of proceskosten worden gevorderd;
- e. indien een schuldeiser vergoeding van (contractuele) vertragingsrente vordert, dient een specificatie te worden meegezonden en onderbouwd te worden op grond waarvan de rente is verschuldigd en waarom die op de aangegeven datum ingaat. Indien sprake is van een contractuele rente dient de desbetreffende bepaling (contract of algemene voorwaarden) te worden meegezonden;¹⁹⁶
- f. indien vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten wordt gevorderd dient de grondslag te worden aangegeven;
- g. indien vergoeding van proceskosten wordt gevorderd dan dient de desbetreffende rechterlijke beslissing te worden meegezonden;
- h. onderliggen stukken zoals facturen dienen te worden overgelegd.

Bij gebreke van onderliggende stukken geldt dat de desbetreffende vordering in beginsel niet wordt meegenomen bij het doen van een aanbod.

5.11.3 *Wie doet het aanbod?*

Het is vaste jurisprudentie dat het aanbod tot het aangaan van een minnelijke schuldregeling moet worden gedaan door een onafhankelijke persoon of instelling.

Een 287a-verzoek maakt onderdeel uit van een Wsnp-verzoek. Hieraan moet een minnelijk traject voorafgaan. Ingevolge art. 288 lid 2 onder b moet dit minnelijke traject zijn uitgevoerd door een persoon of instelling als bedoeld is art. 48 lid 1 Wck. Het gaat onder meer om gemeenten, gemeentelijke kredietbanken, advocaten, bewindvoerders ingevolge de Faillissementswet, deurwaarders en registeraccountants. De vraag is nu of deze eis tevens geldt voor het doen van een minnelijk aanbod dat voorafgaat aan en ten grondslag ligt aan een 287a-verzoek. Met het 14 december 2012-arrest van de Hoge Raad is duidelijk dat een 287a-verzoek weliswaar onderdeel van een Wsnp-verzoek vormt maar dit hoeft niet te betekenen dat de schuldenaar de intentie heeft om desnoods (bij afwijzing van het 287a-verzoek) een schuldsaneringsregeling te doorlopen. In de

¹⁹⁵ P. Hondebrink, 'Voorwaarden Schuldregelingen CJIB', *TvS* 2012/3, p. 19 over de mogelijkheden.

¹⁹⁶ Een contractueel beding waarbij een aanzienlijk hogere vertragingsrente dan de wettelijke rente wordt, is vernietigbaar en zal door de rechter zelfs ambtshalve kunnen worden vernietigd. Zie HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691.

eis dat een volledig Wsnp-verzoek bij het 287a-verzoek moet zijn gevoegd en het verbod op schuldbemiddeling door personen of instellingen die niet in de Wck zijn genoemd (art. 47 j° 48 lid 1 Wck) ligt besloten dat een minnelijk traject dat tot het 287a-verzoek leidt moet worden uitgevoerd door een in art. 48 lid 1 Wck genoemde persoon of instelling. Dit past bij het procesrecht van titel III van de Faillissementswet, omdat dit procesrecht wordt gekenmerkt door een voorgeschreven voorfase. Maar dit voorschrift doet niet af aan de eis van een onafhankelijke en deskundige toetsing van het aanbod tot een minnelijke schuldregeling. In dit onderzoek is geconcludeerd dat een advocaat van een schuldenaar niet als een onafhankelijke derde is te beschouwen. De advocaat van een schuldenaar moet immers diens belangen behartigen en niet die van de schuldeisers. Dat geldt eveneens voor de (schuldsanerings)bewindvoerder die op toevoegingsbasis een schuldenaar bijstaat. Anderzijds is bijstand van een advocaat of een bewindvoerder uiteraard wel wenselijk. Het bezwaar dat de advocaat van de schuldenaar als niet-onafhankelijke vertegenwoordiger moet worden gezien, kan in belangrijke mate worden ondervangen indien het onderzoek naar de activa en passiva overeenkomstig vaste protocollen verloopt en een verslag van dat onderzoek wordt overgelegd. In voorkomend geval zou het aanbod daarenboven moeten worden getoetst door een onafhankelijke derde zoals een op dit gebied deskundige accountant of de belastingdienst, met name waar het ex-ondernemers betreft. Desnoods kan de insolventierechter een deskundige benoemen. Het past bij het insolventieprocesrecht indien hij dat in voorkomend geval ambtshalve doet. De grondslag voor een dergelijke benoeming kan worden gevonden in analogische toepassing van art. 194 j° 284 Rv.¹⁹⁷ Indien de kosten van de deskundige ten laste van verzoeker worden gebracht, zal hiervan in de praktijk niet vaak gebruik worden gemaakt.

5.11.4 *Aan wie wordt het aanbod gedaan?*

In praktijk en literatuur wordt ervan uitgegaan dat alleen van een minnelijke schuldregeling kan worden gesproken indien het aan alle schuldeisers wordt aangeboden.¹⁹⁸ Dit is de vaste praktijk. Een aanbod aan alle schuldeisers is echter niet altijd noodzakelijk.¹⁹⁹ Voorwaarde voor een dergelijk, 'exclusief' aanbod is dat de schuldeisers hierover duidelijk geïnformeerd worden en kunnen in- of tegenstemmen met het buiten beschouwing laten van een of meer van hen. Dit volgt niet uit het geschetste procedurele kader, maar uit het karakter van de minnelijke schuldregeling, zijnde een (meerpartijen)overeenkomst.

5.11.5 *Informatieverstreking in het minnelijke traject*

Art. 285 lid 1 onder f, noch art. 287a noch het Procesreglement insolventiezaken bevat regels of voorschriften betreffende de wijze waarop het minnelijk aanbod dient te worden gedaan. In de Gedragscode Schuldregeling van de NVVK staat

¹⁹⁷ Een deskundige kan op grond van art. 202 j° 284 Rv eveneens worden benoemd op het moment dat het aanbod aan de schuldeisers nog moet worden voorbereid en gedaan.

¹⁹⁸ Soedira in haar noot onder Rb. Almelo 4 februari 1998, *LJN* AG3324, *JOR* 1998, 66. Minder stelt Soedira, diss. 2011, p. 265.

¹⁹⁹ Vgl. B. Wessels, 'Dwangdeelname aan een onderhands akkoord', *Ondernemingsrecht* 1999/14, p. 384-390.

in artikel 5.6 slechts dat een voorstel wordt gedaan.²⁰⁰ Bij het doen van een schuldsaneringsvoorstel dient openheid van zaken gegeven te worden. Daarnaast dient bij het voorstel een volledig overzicht van de bezittingen (activa) en schulden (passiva) te worden gevoegd.²⁰¹ Verder dient te worden toegelicht op welke wijze deze activa en passiva zijn vastgesteld, – idealiter volgens de onder hiervoor geschetste protocollen. Dit biedt schuldeisers tevens de gelegenheid om na te gaan of het overzicht juist is en om eventueel opmerkingen te maken of bezwaren naar voren te brengen. Voorts dient te worden aangegeven op welke wijze eventuele passiva te gelde zijn gemaakt. Dit past bij het belang van de voorfase in zowel het insolventieprocesrecht als het burgerlijk procesrecht. Het volgt tevens uit de vaststelling dat de verhouding tussen partijen door redelijkheid en billijkheid worden beheerst (art. 6:2 en 248 BW en par. 2.3.1). Ten slotte vloeit dit vereiste voort uit het karakter van de schuldregeling, die een overeenkomst is tussen schuldenaar en schuldeiser(s).

5.11.6 *De oproep voor de mondelinge behandeling*

Zowel de verzoeker als de weigerende schuldeiser wordt bij aangetekende brief (of op andere wijze) opgeroepen voor de mondelinge behandeling van het 287a-verzoek. Indien een schuldeiser de vordering van een andere schuldeiser betwist dan dient hij (eveneens) als belanghebbende te worden opgeroepen. In dit verband dient de verzoeker in het 287a-verzoek aan te geven of van bedoelde betwisting sprake is. Een oproepingstermijn van minimaal twee weken dient in acht te worden genomen.²⁰² De datum voor de mondelinge behandeling wordt in beginsel vastgesteld zonder dat bij partijen verhinderdata zijn opgevraagd. In art. 1.4.6 Procesreglement verzoekschriftprocedures rechtbanken (kantonzaken), een op titel 3 gebaseerde rechtersregeling, is bepaald dat op verzoek van de desbetreffende partij uitstel van de mondelinge behandeling wordt verleend, mits een verzoek daartoe binnen vijf werkdagen na de oproeping is gedaan.²⁰³ Een dergelijke regel zou ook bij de mondelinge behandeling van 287a-verzoeken moeten gelden.

Bij de oproeping voor de behandeling van het 287a-verzoek ter zitting ontvangt de weigerende schuldeiser het gehele Wsnp-verzoek met alle bijlagen, waaronder dus het 287a-verzoek met zijn bijlagen. Het beginsel van hoor en wederhoor en het toepasselijke, althans analogisch toe te passen art. 279 lid 2 Rv brengen dit mee.

Bij de oproeping wordt de weigerende schuldeiser (of andere belanghebbende schuldeiser) erop gewezen dat het mogelijk is om voorafgaand aan de zitting een verweerschrift in te dienen, dat hij dan in kopie aan (de gemachtigde van) de schuldenaar moet zenden. Dit volgt niet uit enige bepaling van titel 3, maar past

²⁰⁰ www.nvvk.eu.

²⁰¹ Van der Heiden 2001, p. 6 en Van der Heiden 1997, p. 657, onder verwijzing naar Rb. Groningen 6 september 1994, *NJ* 1994/369 en HR 20 september 1991, *NJ* 1992/552. Uit kortgedingjurisprudentie van vóór 1 januari 2008 blijkt dat weliswaar geen volledige rekening en verantwoording over de besteding van inkomsten hoeft te worden gegeven maar wel dat inlichtingen over de inkomens- en vermogenspositie en de voor verhaal vatbare goederen verschaft moet worden.

²⁰² De in het KEI-wetsvoorstel genoemde oproepingstermijn van drie weken (art. 30j Rv ontwerp) is, gelet op het spoedeisende karakter van de procedure (verzoeker is insolvent), te lang.

²⁰³ Zie www.rechtspraak.nl/procedures/landelijke_regelingen.

wel bij de aard van het insolventieprocesrecht waarin de rechter zich actief opstelt en de belanghebbende kan wijzen op zijn recht om een verweerschrift in te dienen. Voor nadere aanbevelingen ter zake van de oproep zij korthedshalve verwezen naar par. 4.11.3.

5.11.7 *Niet-verschijnen schuldeiser(s) – stel- en motiveringsplicht*

Voor verzoeker geldt een zwaarwegende stelplicht omdat een 287a-verzoek ertoe strekt dat een uitzondering op een van de centrale beginselen van het vermogensrecht wordt gemaakt: de verplichting van schuldenaren hun verbintenissen na te komen.²⁰⁴ De stelplicht als zodanig volgt uit het (analogisch) toe te passen art. 284 j° 149 Rv.

Deze zwaarwegende stelplicht houdt in dat de in art. 287a lid 5 bedoelde onevenredigheid wordt onderbouwd. Dit moet gebeuren aan de hand van de criteria uit de memorie van toelichting bij art. 287a, uiteraard voorzover verzoeker daar informatie over heeft. Verzoeker zal in elk geval aan de hand van de eerste vijf in de wetsgeschiedenis van art. 287a genoemde gezichtspunten/criteria moeten stellen en onderbouwen dat

- a. het schikkingsvoorstel door een onafhankelijke en deskundige partij is getoetst,
- b. het schikkingsvoorstel goed en betrouwbaar is gedocumenteerd,
- c. voldoende duidelijk is gemaakt dat het aanbod het uiterste is waartoe hij financieel in staat moet worden geacht,
- d. het alternatief van faillissement of schuldsanering geen uitzicht voor de schuldenaar, noch voor de (niet-instemmende) schuldeiser biedt.

Met de verplichte overlegging van het Wsnp-verzoek en een vtlb-berekening onderbouwt verzoeker de onder b en c genoemde omstandigheden. Het alternatief van een faillissement of schuldsanering (gezichtspunt onder d) kan blijken door in het Wsnp-verzoek aandacht te schenken aan de in art. 288 lid 1 en genoemde toelatingsvereisten en afwijzingsgronden. In het bijzonder moet aannemelijk worden gemaakt dat de schuldenaar in de periode van vijf jaar voor indiening van het (Wsnp-)verzoek ten aanzien van het ontstaan of onbetaald laten te goeder trouw is geweest (art. 288 lid 1 onder b) en dat hij de uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen naar behoren zal nakomen (art. 288 lid 1 onder c). De rechtbanken gaan in de praktijk zelf na of de schuldsaneringsregeling eerder op verzoeker van toepassing is geweest en zo ja wanneer en op welke wijze deze toen is geëindigd (art. 288 lid 2 onder d).²⁰⁵ Uit de over te leggen staat van schulden (art. 285 lid 1 onder 1 j° 96) zal blijken of sprake is van strafrechtelijk gerelateerde schulden in de zin van art. 288 lid 2 onder c. Verzoeker kan daarnaast stellen en onderbouwen wat het belang van de instemmende schuldeisers is bij het tot stand komen van een schuldregeling (art. 287a lid 4).

²⁰⁴ Wessels Insolventierecht VI 2013/6227. Zie Hof 's-Hertogenbosch 26 februari 2013, *L/N* BZ3524.

²⁰⁵ Dit kan in het voor rechtbanken openstaande register van de Raad voor Rechtsbijstand. In het insolventieregister op rechtspraak.nl zijn alleen insolventiegegevens van na 1 januari 2005 raadpleegbaar, maar gegevens van schuldenaren blijven, om privacy redenen, slechts tot zes maanden na het einde van een schuldsaneringsregeling zichtbaar.

Als de rechter op enig punt aan de gegrondheid van de aan het verzoek ten grondslag gelegde twijfelt dan staat het hem vrij nadere inlichtingen te vragen, zoals in procedures op grond van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (art. 22 Rv) het geval is. Het opvragen van informatie dient bij tussenuitspraak te gebeuren. Te denken valt aan het geval dat de rechter twijfelt aan de juistheid van de gehanteerde berekening van het vrij te laten bedrag.

Ook als de weigerende schuldeiser noch verschijnt noch een verweerschrift indient, verdient het de voorkeur dat rechter zijn beslissing (volledig) motiveert en het verzoek uitdrukkelijk toetst aan de in de wetsgeschiedenis bij art. 287a genoemde criteria. De hiervoor beschreven stelplicht van de verzoeker brengt dat met zich mee.²⁰⁶ Er zijn ook praktische argumenten voor deze ‘verzwaarde’ motiveringsplicht. Indien 287a-verzoeken zonder enige motivering zouden worden toegewezen dan kan in het minnelijke traject de indruk ontstaan dat de rechter het aanbod en de totstandkoming minder nauwkeurig beoordeelt. Daarnaast kan de neiging ontstaan om dergelijke verstekverzoeken makkelijker (marginaal) te beoordelen. Uit de jurisprudentie blijkt dat de kwaliteit van de minnelijke voorstellen nogal eens te wensen overlaat, zodat een volledige en strenge controle gewenst is en blijft.

5.11.8 *Wijziging van het verzoek ex art. 287a*

Het komt voor dat het aanbod voor een (minnelijke) regeling ter zitting wordt gewijzigd. Een uit de jurisprudentie bekende wijziging van het prognoseaanbod is dat deze niet slechts het sparen van het bovenmatige inkomen inhoudt vanaf de datum van het aanbod, maar vanaf de datum van de beslissing op het 287a-verzoek; waarbij tevens het reeds in het minnelijke traject gespaarde bedrag ten goede komt aan de schuldeisers. Een andere mogelijkheid is dat alsnog bepalingen omtrent de sollicitatieplicht (en de controle daarop) in het aanbod worden opgenomen. In beide genoemde gevallen is sprake van een verbetering van het aanbod en daarmee een vermindering van het verzoek.

Aan vermindering van een verzoek worden geen eisen gesteld, overeenkomstig art. 283 Rv. Aangenomen wordt dat een vermindering zowel schriftelijk als mondeling kan omdat de belanghebbende daardoor niet in zijn belang wordt geschaad. Dit geldt tevens ten aanzien van art. 287a-verzoeken.

Een verslechtering van het aanbod voor een schuldregeling, wat bij een 287a-verzoek valt aan te merken als een vermeerdering van dat verzoek, is (in afwijking van art. 283 Rv) niet mogelijk, omdat in zo een situatie niet zeker is dat de schuldeisers die instemden met het eerste, betere aanbod ook het verminderde bod zal accepteren.

5.11.9 *Vaststelling van de feiten*

De gewone regels van bewijsrecht zijn op de procedure van art. 287a van toepassing. Dit volgt uit het toepasselijke, dan wel overeenkomstig toe te passen, art. 284 Rv. Toepassing van deze regels botst met de aard van het insolventie-

²⁰⁶ In het verlengde hiervan verdient het aanbeveling alle uitspraken op 287a-verzoeken te publiceren (op www.rechtspraak.nl).

procesrecht, zoals (eveneens) neergelegd in het procedurele kader. De aard van het 287a-verzoek brengt echter mee dat deze regels wel toepasselijk zijn. Een 287a-verzoek strekt immers tot een definitieve verkorting van de rechten van de betrokken schuldeiser.²⁰⁷ Het toepassen van de regels van bewijsrecht zal overigens slechts in een beperkt aantal gevallen betekenen dat de procedure langer duurt. Het verweer van de niet-instemmende schuldeiser houdt namelijk meestal geen verband met de stellingen van de verzoeker/schuldenaar, maar ziet over het algemeen op de hoogte van het aanbod en het feit dat een insolventieprocedure met meer waarborgen is omkleed.²⁰⁸

5.11.10 De beslissing

Het behoeft geen toelichting dat een beslissing op een 287a-verzoek een beschikking hoort te zijn.

5.11.11 Proceskosten

Een proceskostenveroordeling dient geen automatisme te zijn. Zij kan eerst worden gegeven als het 287a-verzoek wordt toegewezen, de schuldeiser (daadwerkelijk) in het ongelijk wordt gesteld en de procedure namens verzoeker door een gemachtigde is gevoerd, dan wel indien verzoeker aantoonbaar reis-, verblijf en/of verletkosten te hebben gemaakt. Dit volgt uit het (analogisch) toe te passen art. 289 Rv en past bij het insolventieprocesrecht.²⁰⁹ Op grond van de jurisprudentie is voorts de conclusie dat een veroordeling in de kosten van de gemachtigde slechts op haar plaats is indien (de) kosten van de gemachtigde ten laste van verzoeker komen.²¹⁰

Voor de beantwoording van de vraag of de schuldeiser daadwerkelijk in het ongelijk is gesteld, dient bekend te zijn over welke informatie de schuldeiser beschikte, hetzij in het minnelijke traject, hetzij bij de oproeping voor de mondelinge behandeling. Indien het verzoek (mede) wordt toegewezen op grond van informatie die op dat moment niet bekend was dan kan niet gezegd worden dat de schuldeiser in het ongelijk is gesteld.

Een gemachtigde is degene die de procedure daadwerkelijk voor de schuldenaar voert. Deze moet worden onderscheiden van degene die de schuldenaar slechts bijstaat.

Bij de bepaling van de hoogte van het salaris van de gemachtigde dient aansluiting te worden gezocht bij de wijze waarop proceskosten in dagvaardingszaken zonder verplichte procesvertegenwoordiging worden vastgesteld. Voor zaken van onbepaalde waarde geldt een tarief van € 60,- tot € 800,- per

207 De impact hiervan op de procedures is beperkt. Het verweer van de schuldeiser ziet in de praktijk niet op de aan het 287a-verzoek ten grondslag gelegde feiten maar meer op de hoogte van het aanbod en de beperkte controle op de aanwezigheid van vermogensbestanddelen en, bij een prognose aanbod, op de nakoming van de sollicitatieplicht.

208 Dit blijkt tevens uit een onder rechters gehouden enquête: Jungmann&Kruis 2014, p. 76.

209 HR 11 april 2008, *LJN* BC2721, *NJ* 2008/221.

210 Hof Amsterdam 13 oktober 2011, *LJN* BV1609 en HR 27 november 2009, *LJN* BJ7929, *FED* 2010, 12, m.nt. E. Poelman, *BNB* 2010, 63, m.nt. B.J. van Eetikhoven, *VN* 2009/61.10, m.nt. Red, *BB* 2009, 1621, m.nt. Kruimel.

punt.²¹¹ Voor zowel het indienen van het verzoek- of verweerschrift als het verschijnen ter zitting wordt een punt toegekend. Een tarief van € 100,- à € 150,- lijkt goed te passen bij de aard, het belang en de gemiddelde omvang van de procedure van art. 287a.²¹² Het belang wordt daarbij niet slechts gerelateerd aan de hoogte van de vordering van de schuldeiser, maar mede aan de hoogte van het aanbod voor een minnelijke schuldregeling.

Niet is bepaald dat de verzoeker bij afwijzing van het 287a-verzoek zelf in de proceskosten kan worden veroordeeld. Uit jurisprudentie van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat dit in het insolventieprocesrecht desondanks, met analogische toepassing van art. 289 Rv, mogelijk is.²¹³

5.11.12 *Rechtsmiddelen*

Van een beslissing op een 287a-verzoek kan zowel de verzoeker/schuldenaar als de schuldeiser die het betreft in hoger beroep komen.²¹⁴ De hogerberoepstermijn bedraagt acht dagen. Deze termijn is erg kort en zou verlengd moeten worden tot 14 dagen of vier weken. Een nog langere termijn past minder goed bij het systeem en de aard van het insolventieprocesrecht. Schuldeisers worden per (aangetekende) post opgeroepen voor de mondelinge behandeling van het 287a-verzoek door de rechtbank. Deze oproepen zullen de belanghebbende (weigerachtige) schuldeiser niet steeds bereiken. Deze wijze van oproeping is met minder waarborgen omkleed dan die van dagvaarding, per exploit. Het verdient daarom aanbeveling de niet-verschenen belanghebbende het recht van verzet toe te kennen. Daarbij kan, mede gelet op het systeem en de aard van het insolventieprocesrecht, een korte termijn van bijvoorbeeld 14 dagen worden gegeven. Gelet op het definitieve karakter van een toewijzing van een 287a-verzoek dient het recht van hoger beroep naast het recht van verzet te blijven bestaan. Herroeping van een beslissing (beschikking) op een 287a-verzoek is, gelet op de wetsgeschiedenis van art. 287a, mogelijk met analogische toepassing van art. 390 Rv. Gronden voor herroeping zijn dat de beschikking berust op bedrog door de wederpartij (schuldenaar) in het geding gepleegd of op stukken waarvan de valsheid na de beschikking is erkend of bij gewijsde vastgesteld. Ook indien de schuldeiser na de beschikking stukken van beslissende aard in handen heeft gekregen die door toedoen van de wederpartij (de schuldenaar) waren achtergehouden, dan levert dit een grond voor herroeping op.

211 Zie de Staffel buitengerechtelijke incassokosten (BIK) en salarissen in rolzaken kanton op rechtspraak.nl (procedures/landelijke regelingen).

212 Voor zaken waarin ontbinding van een huurovereenkomst en ontruiming van een woning wordt gevorderd wordt € 150,- per punt voor het salaris van de gemachtigde toegekend. Dit tarief geldt eveneens voor vorderingen tussen de € 1.250,- en € 2.500,-. Voor vorderingen van € 500,- tot € 1.250,- geldt een tarief van € 100,- per punt.

213 HR 11 april 2008, *LJN* BC2721, *NJ* 2008/221.

214 Dat de schuldenaar/verzoeker in hoger beroep kan komen van een beslissing op het 287a-verzoek volgt uit HR 14 december 2012, *LJN* BY0966, *NJ* 2013/43.

6 | Conclusies en aanbevelingen

6.1 Inleiding

De verzoekschriftprocedures van de art. 287 lid 4, 287a en 287b vormen het onderwerp van dit onderzoek. De procedures in eerste aanleg, waartoe het onderzoek zich heeft beperkt, zijn niet of nauwelijks beschreven.¹ Toepassing van procedureregels uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering lijkt op grond van art. 362 lid 2 niet toegestaan. Het nagenoeg ontbreken van procedure-regels heeft geleid tot de volgende onderzoeksvragen:

- a. Binnen welk procedureel kader dienen de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b te worden gezien?
- b. Op welke wijze worden de art. 287 lid 4, 287a en 287b in de rechtspraak toegepast, tot welke procedurele problemen en onduidelijkheden geeft dit aanleiding en welke problemen doen zich voor in relatie tot het geschetste procedurele kader?
- c. Wat kunnen de voorlopige voorzieningenprocedures en andere regelingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bijdragen aan de verbetering en invulling van de (lacunair beschreven) procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b?
- d. Tot welke voorstellen voor verbetering en aanpassing van (de toepassing van) de art. 287 lid 4, 287a en 287b kan het voorgaande leiden?

In dit hoofdstuk zal ik eerst (par. 6.2) een korte samenvatting geven van de hoofdstukken 2 tot en met 5. In die hoofdstukken zijn de onderzoeksvragen reeds beantwoord. In par. 6.3 worden enkele voor alle procedures geldende conclusies getrokken en aanbevelingen gedaan die daarop voortbouwen. Mijn hoofdconclusies zijn dat:

- a. een procedureel kader voor de bestudering en toetsing van de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b kan worden geschetst, maar dat daarin spanningsvelden (blijven) bestaan (par. 6.3.1),
- b. de drie procedures niet in alle opzichten passen bij het systeem en de aard van het insolventieprocesrecht (par. 6.3.1),
- c. genoemde spanningsvelden alsook het ontbreken van procedurevoorschriften in de jurisprudentie leiden tot uiteenlopende oplossingen en daarmee tot rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid (par. 6.3.2),

¹ Wel bestaat een door insolventierechters opgesteld procesreglement (Procesreglement insolventiezaken). Dit reglement bevat evenmin een volledige regeling van de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b.

d. de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b niet aan de eisen van behoorlijke rechtspleging voldoen (par. 6.3.3),

e. door (overeenkomstige) toepassing van de bepalingen van titel 3 wel aan deze eisen van behoorlijke rechtspleging zal worden voldaan (par. 6.3.4).

Het hoofdstuk sluit af met een algemene beschouwing (par. 6.4) over de vraag of de art. 287 lid 4, 287b en art. 5 Wgs kunnen worden samengevoegd en over de vraag of overbrenging van de drie onderzochte artikelen naar een nieuwe titel in de Faillissementswet kan bijdragen aan de kwaliteit van de procedures van deze bepaling.

6.2 Samenvatting van het onderzoek

In hoofdstuk 2 zijn het burgerlijk procesrecht en het insolventieprocesrecht gekenschetst. Burgerlijk procesrecht wordt omschreven als het geheel van voorschriften waarin vastgelegd is op welke wijze burgerlijke wetten (dat wil zeggen daaruit voortvloeiende burgerlijke rechtsbetrekkingen) worden geregeld, gehandhaafd en geldend worden gemaakt. Het procesrecht geeft een kompas waarop de rechter en partijen in de procedure kunnen varen. Regels van procesrecht voorkomen rechterlijke (ver)dwalingen en geven partijen (rechts) zekerheid aangaande het verloop van de procedure.

Een leidende gedachte bij het denken over modern procesrecht is dat het procesrecht, ter bevordering van een efficiënte en snelle afwikkeling van de procedure, partijen moet dwingen in een zo vroeg mogelijk stadium al hun kaarten op tafel te leggen. Deze zo te noemen voorfase is voor de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b relevant. In dit onderzoek is het belangrijkste beginsel van het burgerlijk procesrecht, het beginsel van hoor en wederhoor, geanalyseerd en zijn de verschillende aspecten van dit beginsel in kaart gebracht.

Enkele met art. 287 lid 4, 287a en 287b vergelijkbare procedures uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn kort beschreven. De verzoekschrift-procedure in titel 3 (Rv) is daar één van.

Het insolventieprocesrecht is in par. 2.5 onderzocht en geanalyseerd. Dit procesrecht behoort tot het terrein van het burgerlijk procesrecht maar vertoont een aantal van dat procesrecht afwijkende kenmerken. In de laatste paragraaf van hoofdstuk 2 is het procedurele kader van waaruit de procedures dienen te worden gezien geschetst. Hierop wordt in de volgende paragraaf ingegaan.

Hoofdstuk 3 heeft art. 287 lid 4 behandeld. Op grond van deze bepaling kan de rechter voorlopige voorzieningen treffen voor de duur van de behandeling van het Wsnp-verzoek en ter overbrugging van de periode tussen het indienen van het verzoek en de beslissing daarop.

Art. 287 lid 4 vertoont meer overeenkomsten met art. 223 Rv (de provisionele voorziening hangende een bodemprocedure) dan met het kort geding (art. 254 Rv). Het gaat bij art. 287 lid 4 om voorzieningen die de schuldenaar in staat stellen het minnelijke traject met succes te doorlopen.

De praktijk laat veel verschillende voorzieningen zien. De grootste gemene deler is dat zij ertoe strekken de schuldeiser te beknotten in de uitoefening van zijn bevoegdheden (tot het ten uitvoer leggen van executoriale titels). De insolventie-rechter treedt daardoor als executierechter op. Hij beoordeelt 287 lid 4-verzoeken

echter anders dan de ‘gewone’ executierechter in kort geding. Hij schorst lopende executies veel sneller dan de gewone kortgedingrechter. Dit is begrijpelijk omdat de voorzieningen worden gegeven tegen de achtergrond van een te verwachten schuldsaneringsregeling. Als de schuldeiser in kwestie wordt opgeroepen voor een zitting dan worden aan hem niet alle bij het verzoekschrift horende stukken gezonden. De rechter beslist aldus op het verzoek zonder dat de schuldeiser over alle stukken beschikt. Dit is een duidelijke schending van het beginsel van hoor en wederhoor.

Bij diverse andere onderdelen in de procedure zijn lacunes en onduidelikheden gevonden. Mede op basis van een vergelijking met titel 3 is een aantal aanbevelingen tot verbetering van de procedure gedaan.

In hoofdstuk 3 zijn tevens de grenzen van het toepassingsgebied verkend, waarbij onder meer is gebleken dat art. 287 lid 4 een nuttige functie kan vervullen in de periode totdat op een 287a-verzoek is beslist.

In hoofdstuk 4 heeft art. 287b centraal gestaan. Het doel van de voorzieningen (of: het moratorium) van art. 287b is de verzoeker/schuldenaar in staat te stellen een minnelijke regeling met zijn schuldeisers te treffen en/of zijn goede trouw meer gefundeerd te laten blijken. Omtrent laatstgenoemde doelstelling is in de wetsgeschiedenis en de jurisprudentie niets terug te vinden.

Er is geen sprake van een bodemprocedure zodat een vergelijking met de procedure van art. 223 Rv of het ‘gewone’ kort geding met enige terughoudendheid dient te worden uitgevoerd.

De procedure van art. 287b past bij het systeem en de aard van het insolventieprocesrecht in die zin dat sprake is van een spoedprocedure en dat geen hoger beroep openstaat van de beslissing op het verzoek. De rechter baseert zijn beslissing aan de hand van de vraag of de relevante feiten voldoende aannemelijk zijn.

Uit de jurisprudentie inzake art. 287b rijst het beeld dat de schuldenaar een relatief sterk recht op een voorlopige voorziening (moratorium genoemd) toekomt en dat de vraag of de schuldenaar tot de schuldsaneringsregeling kan worden toegelaten daarbij geen rol speelt. Een 287b-verzoek wordt over het algemeen op zeer korte termijn behandeld. Er is geen onderzoek bekend naar de werking van art. 287b. Daarom is niet bekend of een voorziening ex art. 287b het treffen van een minnelijke regeling tussen schuldenaar en schuldeiser stimuleert.

In de praktijk blijkt met enige regelmaat dat schuldenaren zich kort voor een aangekondigde woningontruiming tot een schuldhulpverlenende instantie wenden die vervolgens een art. 287b-verzoek indient. Als dit verzoek wordt toegewezen dan dient het schuldhulpverleningstraject met spoed te worden aangepakt. Aldus worden de veel voorkomende wachtlijsten in het minnelijke traject omzeild. In dit kader is de vraag gerezen of art. 287b wel van toepassing is indien er geen sprake is van een daadwerkelijk minnelijk traject. De jurisprudentie is hierover verdeeld.

Art. 287b schiet in die zin tekort dat beslaglegging op loon en vermogen het minnelijke traject nog steeds kan bemoeilijken. Dit vormt een probleem, zoals blijkt uit de discussie over het beschikbaar stellen van een breed wettelijk moratorium tijdens dit minnelijke traject. Invoering van een breed moratorium is een grote wens van schuldhulpverleners. Op de valreep is een dergelijk

moratorium opgenomen in de Wet gemeentelijke schuldhulpverlening (Wgs), en wel in art. 5 van deze wet. Art. 5 Wgs is echter nog niet in werking getreden. De verhouding tussen art. 287b en art. 287 lid 4 alsook de verhouding tussen art. 287b en art. 5 Wgs komen in par. 6.4.1 aan de orde.

Gebleken is dat de bij het 287b-verzoek gevoegde informatie slechts gedeeltelijk wordt gevoegd bij de oproep van de schuldeiser voor de zitting. De meeste rechtbanken lijken alleen het 287b-verzoek mee te sturen, maar zelfs dat gebeurt niet in alle gevallen. Deze praktijk is in strijd met het beginsel van hoor en wederhoor.

Mede op basis van een vergelijking met titel 3 is een aantal aanbevelingen tot verbetering van de procedure gedaan. Tevens zijn de grenzen van het toepassingsgebied onderzocht. De conclusie is dat art. 287b ook van toepassing is of dient te zijn indien het minnelijke traject nog niet is opgestart en sprake is van een zogeheten stabilisatiefase.

In hoofdstuk 5 is art. 287a onder de loep genomen. Deze bepaling maakt het mogelijk om bij schuldeisers die niet instemden met een aanbod voor een minnelijke schuldregeling een schuldregeling via de rechter af te dwingen. De beoordelingsmaatstaf van art. 287a is afgeleid van het in art. 3:13 lid 2 BW genoemde geval van misbruik van bevoegdheid.

Uit het Payroll-arrest van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat een schuldeiser niet snel misbruik van bevoegdheid maakt als hij een aanbod voor een minnelijke schuldregeling afwijst. Veel insolventierechters hebben verzoeken tot oplegging van een dwangregeling toegewezen, waar deze met het Payroll-arrest in de hand afgewezen hadden kunnen worden. Deze welwillendheid jegens de schuldenaar is naar mijn mening vooral te verklaren uit de omstandigheid dat bij de 287a-verzoeken een volledig Wsnp-verzoek wordt ingediend en de schuldsaneringsregeling en de daarin te verwachten opbrengst een duidelijk ankerpunt bieden. Het maatschappelijk belang dat is gemoeid met het voorkomen van een wettelijke schuldregeling lijkt eveneens een rol te spelen. Dit is niet verwonderlijk omdat de Hoge Raad daar in een uitspraak over een 287a-verzoek uit 2010 naar verwijst² en, zo is in par. 2.5 gebleken, het maatschappelijk belang een rol speelt in het insolventieprocesrecht.

Er is geen onderzoek bekend over de vraag in hoeverre de bereidheid van schuldeisers om mee te werken aan een minnelijke schuldregeling is toegenomen door het bestaan van art. 287a en de daarop gebaseerde jurisprudentie.

De welwillende opstelling van rechters bij de beoordeling van 287a-verzoeken is gunstig voor schuldenaren en schuldhulpverleners. Maar er zijn ook bezwaren tegen aan te voeren. Eén van die bezwaren betreft de wijze waarop de schulden (passiva) en bezittingen (activa) worden onderzocht. In hoofdstuk 5 zijn voorstellen gedaan tot verbetering van dit onderzoek. Het betreft de zo te noemen voorfase van de procedure. Daartoe behoort tevens de vraag wie het aanbod voor een minnelijke regeling doet en beoordeelt en welke informatie aan de schuldeisers wordt gegeven. Het is vaste jurisprudentie dat het aanbod door een onafhankelijke partij dient te worden getoetst. Maar als in opdracht van de

2 HR 9 juli 2010, *L/N* BM3975, *NJ* 2010/648, m.nt. Verstijlen.

schuldenaar werkende rechtshelpers het aanbod formuleren (en toetsen) dan lijkt aan deze eis niet te zijn voldaan. Hieromtrent zijn aanbevelingen gedaan.

Gebleken is dat de rechtbanken bij de oproep van de weigerende (niet-instemmende) schuldeiser niet alle van de schuldenaar bij het 287a-verzoek ontvangen informatie meezenden, hetgeen in strijd is met het beginsel van hoor en wederhoor. Tevens zijn de grenzen van het toepassingsgebied onderzocht. De conclusie is dat een art. 287a-verzoek niet gemakkelijk toewijsbaar is indien toelating tot de schuldsaneringsregeling niet aan de orde is.

6.3 Conclusies

6.3.1 *Insolventieprocesrecht, burgerlijk procesrecht en de drie procedures: een procedureel kader onder spanning*

In par. 2.6 is een procedureel kader geschetst voor de bestudering en toetsing van de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b. In dat kader komen het beginsel van hoor en wederhoor, het insolventieprocesrecht en titel 3 bij elkaar. Dat levert spanningsvelden op. De belangrijkste zijn dat het beginsel van hoor en wederhoor in het insolventieprocesrecht minder goed is ontwikkeld, onder ander omdat veel procedures niet-contentieus van aard zijn, terwijl dit ‘super’beginsel in de rechtspraak een prominente plaats inneemt. Het andere spanningsveld is erin gelegen dat regels van bewijsrecht in het insolventieprocesrecht niet, maar in procedures op grond van titel 3 (in beginsel) wel van toepassing zijn. In deze paragraaf wordt weergegeven hoe de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b zich verhouden tot het insolventieprocesrecht. Daarbij komen beide genoemde spanningsvelden aan de orde, met dien verstande dat de toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor in de drie onderzochte procedures in par. 6.3.3 nader wordt uitgewerkt.

Het ‘klassieke’ insolventieprocesrecht heeft als centraal uitgangspunt dat insolventieprocedures voortvarend moeten worden afgewikkeld. Het insolventieprocesrecht kenmerkt zich vanuit die centrale doelstelling door korte termijnen en een gesloten stelsel van rechtsmiddelen. De regels van bewijsrecht zijn niet van toepassing en de insolventierechter stelt zich bij het onderzoek naar de feiten actief op. Voorts is typerend dat de procedures niet steeds contentieus van aard zijn. Ten slotte is kenmerkend dat de insolventierechter niet-rechterlijke taken vervult en dat het algemeen of maatschappelijk belang een rol kan spelen bij de te nemen beslissingen; zowel bij de opening van een insolventieprocedure als bij de afwikkeling daarvan. Deze karakteristieken verklaren, zoals reeds vermeld, dat het beginsel van hoor en wederhoor in het insolventieprocesrecht minder goed is ontwikkeld.

Het procesrecht van titel III van de Faillissementswet (het schuldsaneringsprocesrecht) wijkt af van het klassieke insolventieprocesrecht doordat de wetgever een fase, genaamd het minnelijke traject, heeft voorgeschreven die voorafgaat aan de (eventuele) toelating tot de insolventieprocedure (de schuldsaneringsregeling). Voorts is gebleken dat schuldsaneringsrecht kenmerken vertoont van sociaal recht, in de zin van recht dat onze verzorgingsstaat regelt, omdat het bevrijden van de schuldenaar van zijn schuldenlast een centrale

doelstelling van het schuldsaneringsrecht is. Deze doelstelling wordt gezien als taak van de overheid in het belang van haar burgers. Dit heeft tot gevolg, dan wel verklaart, dat in schuldsaneringsprocedures de schuldenaar centraal staat en de insolventierechter zich vooral op de persoon van de schuldenaar richt. Dit draagt bij aan de ondermijning van de betekenis die het beginsel van hoor en wederhoor binnen het insolventieprocesrecht toekomt.

Een aantal van de genoemde bijzondere kenmerken van het insolventieprocesrecht zijn toe te passen op, of gelden voor de onderzochte drie procedures. Zo zijn de procedures van art. 287 lid 4 en 287b (en van art. 287a in mindere mate) spoedeisend van aard en worden zij gekenmerkt door de korte termijnen die voor oproeping en beslissing worden gehanteerd. De beslissing wordt genomen op basis van hetgeen de rechter aannemelijk acht, zonder dat nadere bewijsvoering plaatsvindt en de rechter stelt zich actief op ten aanzien van de feiten. De verplichte voorfase (het minnelijke traject) speelt een belangrijke rol in de drie procedures.

Ondanks de hiervoor genoemde overeenkomsten zijn er belangrijke verschillen tussen de aard van de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b en de aard en het systeem van het insolventieprocesrecht. Anders dan veel procedures in de Faillissementswet zijn de procedures van art. 287a en 287b contentieus van aard. Zij zien niet op een toelating tot een insolventieprocedure of afwikkeling van een insolventieprocedure als zodanig.

In dit onderzoek heb ik geconcludeerd dat in de procedure van art. 287 lid 4 de betrokken schuldeiser door de rechter moet worden opgeroepen ten einde te worden gehoord op het 287 lid 4-verzoek, ook al is dit niet bepaald. Deze verplichting volgt uit het beginsel van hoor en wederhoor (neergelegd in art. 6 EVRM en art. 19 Rv). Daarmee is tevens geconcludeerd dat ook deze procedure contentieus van aard is. De drie procedures zijn echter niet als zodanig ingericht. Door de hoge snelheid waarmee procedures ingevolge de Faillissementswet worden gevoerd en het ontbreken van regels van bewijsrecht worden beslissingen op ‘de aannemelijkheid’ van feiten gebaseerd, zonder dat de schuldeiser voldoende in de gelegenheid wordt gesteld deze te controleren en eventueel te betwisten, althans te ontzenuwen. Dit knelt het meest in de 287a-procedures omdat daarin een beslissing kan worden genomen waarbij de rechten van schuldeisers definitief worden beperkt.

Voorts komt de (bewijs)positie van de schuldeiser in de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b in de verdrukking doordat in het schuldsaneringsrecht de belangen van de schuldenaar, zoals diens privacy, centraal staan. Dit werkt door in de wijze waarop (in het bijzonder) de procedure van art. 287a door insolventierechters wordt gevoerd. De insolventierechter verzuimt daarin (veelal) om de schuldeiser volledig te informeren. Hij is het zo gewend in schuldsaneringszaken. De centrale positie van de schuldenaar in het schuldsaneringsrecht verklaart dat de wetgever bij de opstelling van art. 287 lid 4 een systeemfout heeft gemaakt door niet te bepalen dat de schuldeiser tot wie zich het verzoek richt, wordt opgeroepen. In de procedure van art. 287, waartoe art. 287 lid 4 behoort, wordt de schuldeiser immers evenmin opgeroepen.

Als kenmerk van het insolventieprocesrecht van titel III is tot slot genoemd dat dit procesrecht raakt aan het terrein van het publiekrecht en dat het algemeen belang een rol speelt in procedures. Het lijkt in het algemeen belang dat met

art. 287 lid 4 en 287b sociale noodsituaties worden voorkomen, dat daarmee een wettelijke of minnelijke schuldsanering bereikt kan worden en dat met een gedwongen schuldregeling (art. 287a) een wettelijke schuldsaneringsregeling onnodig wordt. Ik heb in dit onderzoek niet kunnen vaststellen dat het algemeen belang van invloed is op de drie onderzochte procedures. Het maatschappelijk belang lijkt wel een rol te spelen bij de welwillende beoordeling van 287a-verzoeken door rechtbanken.

6.3.2 *Rechtsonzekerheid*

Het ontbreken van een (voldoende) uitgewerkt stelsel van procedurevoorschriften heeft ertoe geleid dat de rechtspraak in een aantal opzichten onwenselijk sterk uiteenloopt, waardoor de rechtszekerheid onnodig in het gedrang komt en rechtsongelijkheid op de loer ligt. Vast is komen te staan dat bij de ene rechtbank de schuldeiser wel wordt opgeroepen om te worden gehoord op het 287 lid 4-verzoek en bij de andere niet. Voorts verschilt de duur van de op grond van art. 287 lid 4 gegeven voorzieningen aanzienlijk. In de beslissingen over proceskosten is bovendien geen lijn te ontdekken. Dit geldt voor alle drie de procedures.

Veel is nog steeds onduidelijk. Tot wanneer en hoe kan een 287 lid 4-verzoek gewijzigd worden? Wat kan een schuldeiser doen als een gegeven voorlopige voorziening (art. 287 lid 4 of 287b) moet worden beëindigd of gewijzigd? Wat is bij 287a-verzoeken de positie van een schuldeiser die de vordering van een andere schuldeiser betwist of wil betwisten?

Daarnaast komt de rechter tot beslissingen zonder dat daarvoor een wettelijke basis aanwezig is. Zo worden vonnissen waarin de rechter 287a-verzoeken toewijst veelal uitvoerbaar bij voorraad verklaard, zonder dat daarvoor een grondslag in 287a of in de Faillissementswet is te vinden. Dit alles pleit voor uitwerking van de procedurevoorschriften van de drie onderzochte wetsartikelen.

6.3.3 *Geen behoorlijke rechtspleging*

Een belangrijke vaststelling van onderhavig onderzoek is dat de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b in de praktijk niet voldoen aan de eisen die aan een behoorlijke rechtspleging worden gesteld, omdat het beginsel van hoor en wederhoor (zeer geregeld) wordt geschonden. Naast het niet-oproepen van belanghebbenden in 287 lid 4-procedures, betreft dit het niet-verstrekken van alle bij de 287 lid 4-, 287a- en 287b-verzoeken behorende stukken aan de belanghebbenden (de schuldeisers).

Het niet-naleven van het beginsel van hoor en wederhoor is mogelijk verklaarbaar uit de kenmerken van het insolventieprocesrecht, dat minder gericht is op het voeren van een contentieuze procedure. Het op gelijke wijze informeren en horen van beide partijen in procedures lijkt daardoor in het insolventieprocesrecht minder goed ontwikkeld. Daar komt bij dat in het schuldsaneringsrecht de schuldenaar centraal staat. Daaruit vloeit een zekere terughoudendheid voort om de schuldeiser het volledige Wsnp-verzoek toe te zenden. De heersende gedachte in het insolventieprocesrecht is dat in het Wsnp-verzoek privézaken staan waarover de schuldeiser bij behandeling van een Wsnp-verzoek derhalve niet

wordt geïnformeerd, zodat er geen reden is dat in de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b wel te doen. Dit argument overtuigt geenszins. Ik roep hier in herinnering dat het Hof van Justitie in het Eurofood-arrest heeft overwogen dat het beginsel van hoor en wederhoor een ‘eminente’ plaats inneemt in de organisatie en het verloop van een eerlijk proces en dat ‘In het kader van een insolventieprocedure (...) het recht van de schuldeisers of hun vertegenwoordigers om met eerbiediging van het beginsel van de processuele gelijkheid deel te nemen aan de procedure, van bijzonder belang’ is.³ Deze overweging ziet dus specifiek op het insolventieprocesrecht. Elke beperking van de uitoefening van dat recht moet volgens het Hof van Justitie ‘genoegzaam worden gerechtvaardigd en gepaard gaan met procedurele waarborgen die de bij een dergelijke procedure betrokken personen een daadwerkelijke mogelijkheid bieden om de spoedeisende maatregelen te betwisten.’ Waar de schuldenaar van de schuldeiser verlangt dat hij een (groot) deel van zijn vordering prijsgeeft (art. 287a) of zijn executoriale titel niet ten uitvoer legt (art. 287 lid 4 en 287b), dient de schuldeiser zo volledig mogelijk te worden geïnformeerd over (de totstandkoming van) deze verzoeken. Het spoedeisende karakter van de procedures, zo is in dit onderzoek gebleken, staat daaraan niet in de weg.

6.3.4 *Toepassing van titel 3 Rv op de drie procedures*

Onderhavig onderzoek concludeert dat titel 3 op procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b van toepassing is, dan wel analogisch kan worden toegepast – een en ander met inachtneming van bijzondere kenmerken van het insolventieprocesrecht. In de hoofdstukken 3, 4 en 5 is dit aan de orde gekomen. Hieronder wordt, bij wijze van samenvatting, de toepasbaarheid van de meest relevante bepalingen van titel 3 op de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b besproken.

Tevens wordt nagegaan of de bepalingen over hoger beroep van beschikkingen (art. 358) en het herroepen van beschikking (art. 360) toepasbaar zijn.

6.3.4.1 DE RELATIEVE BEVOEGDHEID VAN DE RECHTER (ART. 262-270 Rv)

Titel 3 bevat tamelijk veel bepalingen betreffende de (relatieve) bevoegdheid van de rechter. Dit betreft de art. 262-269 Rv. De Faillissementswet kent een eigen regeling. De insolventierechter moet zijn relatieve bevoegdheid ambtshalve toetsen aan de hand van art. 2 j° 284 lid 2 lid 1.⁴ Er is daarom geen noodzaak deze bepalingen van toepassing te verklaren.

Het ontbreken van absolute bevoegdheid is niet aan de orde. De onderzochte drie verzoeken worden steeds aan de insolventierechter bij de rechtbank gericht of geacht aan deze te zijn gericht.

Indien de insolventierechter constateert dat hij relatief onbevoegd is dan dient hij de zaak te verwijzen naar een andere rechter van gelijke rang. Art. 270 Rv kent daarvoor een goede regeling.

3 HvJ EG 2 mei 2006, *NJ* 2010/93, m.nt. Vlas, *JOR* 2006/224, m.nt. Veder, *AA* 2006, 907, m.nt. Vriesendorp. Zie tevens par. 2.5.9.

4 HR 28 januari 1983, *NJ* 1983/465, m.nt. BW.

6.3.4.2 DE OPROEPING (ART. 271-277 EN 279 RV)

De hoofdregel is dat personen (verzoekers en belanghebbenden) die in de procedure zijn verschenen bij gewone brief worden opgeroepen voor de mondelinge behandeling van het verzoekschrift (art. 271 Rv). Belanghebbenden die niet zijn verschenen ontvangen de oproep per aangetekende brief (art. 272 Rv). De rechter kan bepalen dat de oproep op andere wijze geschiedt.

Met deze bepalingen kan de rechter bij de behandeling van de drie verzoeken goed uit de voeten. Oproeping van de verzoeker per gewone brief geldt als hoofdregel, maar oproeping per fax of e-mail biedt meer zekerheid dat de oproep de verzoeker op korte termijn bereikt. In de praktijk vindt oproeping voor de mondelinge behandeling van 287 lid 4, 287a en 287b-verzoeken vaak per fax of e-mail plaats. Bij het verzenden van dergelijke oproepingen verdient het de voorkeur de betrokken partij telefonisch te informeren dat de oproep op dergelijke wijze zal geschieden.⁵

Het oproepen van degene die geen bekende woonplaats of bekend werkelijk verblijf in Nederland heeft, maar wel in een land waar de EG-betekenningsverordening van toepassing is (dit zijn de landen van de Europese Unie) is in art. 277 Rv geregeld. In de praktijk doet deze situatie zich vrijwel nooit voor, maar het is goed dat er wel een regeling voor handen is.

Kenmerkend voor de verzoekschriftprocedure is dat de rechter niet alleen de verzoeker en de in het verzoekschrift genoemde belanghebbende(n) oproept, maar dat hij belanghebbenden (bekend of onbekend) kan oproepen, zie art. 279 lid 1 Rv. Het is winst dat de insolventierechter bij toepassing van deze bepaling zelf belanghebbende(n) kan oproepen.

In art. 279 lid 2 Rv is bepaald dat oproeping altijd vergezeld gaat van een afschrift van het verzoekschrift, behalve als de oproeping niet bij brief of exploit geschiedt of indien de rechter anders bepaalt. Een dergelijke bepaling is voor 287a- en 287b-verzoeken opgenomen in art. 3.2.3.5 en 3.2.4.6 Procesreglement insolventiezaken. Gebleken is dat deze regel in de praktijk niet steeds wordt gevolgd omdat het verzoekschrift in het geheel niet of zonder bijlagen wordt meegezonden.

Is de behandeling van een zaak ter zitting aangehouden en de datum en het uur van de nieuwe zitting aangezegd, dan hoeft geen nieuwe oproeping gedaan te worden (art. 279 lid 5 Rv).

6.3.4.3 HET VERZOEKSCHRIFT (ART. 278 RV)

Het verzoekschrift wordt door de verzoeker of gemachtigde opgesteld, ondertekend en ter griffie ingediend. Het moet uiteraard een verzoek en de gronden daarvoor bevatten (art. 278 lid 2 Rv). Deze eisen volgen (tevens) uit art. 3.2.2.1, 3.2.3.1 en 3.2.4.1 Procesreglement insolventiezaken. In het KEI-wetsvoorstel wordt onder meer geëist dat de tegen het verzoek aangevoerde verweren en gronden daarvoor moeten worden vermeld (art. 30a lid 3 onder f Rv ontwerp). Tot slot eist het KEI-wetsvoorstel dat de bewijsmiddelen waarover de verzoeker

⁵ Zie verder par. 4.4.2.1.

beschikt (ter staving van de betwiste gronden van het verzoek) en de getuigen die hij daartoe kan horen (art. 30a lid 3 onder g Rv ontwerp) worden vermeld. Dit (art. 30a lid 3 onder f en g Rv ontwerp) is eveneens goed toe te passen op de verzoeken van art. 287 lid 4, 287a en 287b.

6.3.4.4 DE MONDELINGE BEHANDELING (ART. 279 Rv)

De rechter behandelt het verzoekschrift ter zitting. De datum voor de zitting moet 'onverwijld' worden bepaald. Aangenomen wordt dat hieraan is voldaan indien de handeling zonder vertraging plaatsvindt. Als er meer zittingsdata te bepalen zijn dan is aan deze eis voldaan wanneer ze worden afgewerkt in de volgorde waarin de noodzaak tot het verrichten ervan zich heeft voorgedaan.⁶ Er wordt geen termijn voor de dagbepaling voorgeschreven. In 287a-procedures is ter bescherming van de belangen van de schuldeiser een oproeptermijn van ongeveer twee weken wenselijk. In 287 lid 4 en 287b-procedures kan een kortere termijn nodig zijn. In het KEI-wetsvoorstel wordt een termijn van drie weken genoemd (art. 30 j Rv ontwerp). Dit is, gelet op de spoedeisendheid, te lang.

De verzoeken ex art. 287a en 287b worden ter zitting behandeld. In hoofdstuk 3 is betoogd dat dit ook dient te gelden voor 287 lid 4-verzoeken.

In art. 279 lid 1 is bepaald dat behandeling ter zitting achterwege blijft indien de rechter het verzoek direct toewijst. Hier valt te denken aan verzoeken die eenvoudig van aard zijn, zoals het verzoek tot het verlenen van een machtiging.⁷ Directe toewijzing is niet aan de orde bij verzoeken ex art. 287 lid 4, 287a of 287b.

In lid 4 van art. 279 Rv is bepaald dat van het verhandelde ter zitting en van de zakelijke inhoud van de afgelegde verklaringen een proces-verbaal wordt opgemaakt dat door de rechter en de griffier wordt ondertekend. In de praktijk gebeurt dit meestal niet en wordt slechts een proces-verbaal opgemaakt indien partijen daarom vragen. Dit zal met name gebeuren indien hoger beroep van de (eind) beslissing wordt ingesteld. Van de mondelinge behandeling van de verzoeken ex art. 287 lid 4, 287a en 287b wordt evenmin proces-verbaal opgemaakt. Met deze kanttekening kan tevens lid 4 van art. 279 Rv van toepassing worden verklaard. De regel dat van de mondelinge behandeling proces-verbaal wordt opgemaakt, wordt in het KEI-wetsvoorstel versoepeld in art. 30n Rv (ontwerp). Hierin is bepaald dat proces-verbaal wordt opgemaakt indien de rechter dit ambtshalve of op verzoek van een partij die daarbij belang heeft bepaald, of op verzoek van de hogerberoepsrechter of de Hoge Raad. Voorts is nieuw dat het proces-verbaal kan worden vervangen door een beeld- of geluidsopname (art. 30n lid 7 Rv ontwerp).

6.3.4.5 VERZOEKSCHRIFT WEL/NIET DOOR ADVOCaat IN TE DIENEN (ART. 280-281 Rv)

De verzoeken ex art. 287 lid 4, 287a en 287b hoeven niet door een advocaat te worden ingediend. Ingevolge art. 280 Rv zijn de art. 80 en 81 Rv dan van

⁶ Van Mierlo 2014, (T&C Rv), art. 279 Rv, aant. 2.

⁷ Van Mierlo 2014, (T&C Rv), art. 279 Rv, aant. 3.

toepassing. Art. 80 Rv bepaalt dat de verzoeker zich kan laten bijstaan of zich door een gemachtigde kan laten vertegenwoordigen, dat de rechter overlegging van een volmacht kan verlangen en dat verzoeker geacht wordt tot de eindbeslissing bij de gemachtigde woonplaats te hebben gekozen, tenzij hij anders verklaart. Art. 81 maakt het mogelijk dat de rechter bij beschikking bijstand of vertegenwoordiging door een persoon kan weigeren, als tegen hem ernstige bezwaren bestaan. Deze bepalingen zijn eveneens goed toepasbaar in procedures op grond van art. 287 lid 4, 287a en 287b.

6.3.4.6 HET VERWEERSCHRIFT EN TEGENVERZOEK (ART. 282 Rv)

Iedere belanghebbende kan tot de aanvang van de mondelinge behandeling een verweerschrift indienen (art. 282 Rv). Het verweerschrift kan zelfs nog in de loop van de mondelinge behandeling worden ingediend, maar dan is toestemming van de rechter nodig. Het indienen van een verweerschrift is niet verplicht en de belanghebbende kan volstaan met het voeren van mondeling verweer. Voor het schriftelijk verweerschrift gelden dezelfde eisen als voor het verzoekschrift, doordat art. 278 Rv op het verweerschrift van overeenkomstige toepassing is verklaard. In het KEI-wetsvoorstel wordt bepaald dat het verweerschrift moet bevatten de bewijsmiddelen waarover verweerder of belanghebbende kan beschikken tot staving van de gronden van zijn verweer, en de getuigen die hij daartoe kan doen horen (art. 30i lid 8 Rv ontwerp). Het verweerschrift mag een zelfstandig (tegen)verzoek bevatten, maar dit moet wel betrekking hebben op het onderwerp van het oorspronkelijke verzoek.

Uit de Recofa-enquête blijkt dat veel schuldeisers in art. 287a-procedures overgaan tot het indienen van een verweerschrift en dat de rechtbanken deze verweerschriften betrekken bij de beoordeling van de verzoeken. Art. 282 Rv en art. 30i Rv (ontwerp) zijn daarom goed toepasbaar. Eveneens goed toepasbaar is de regel dat een verweerschrift nog tijdens de zitting kan worden ingediend. Dit past bij het spoedeisend karakter van de procedures van art. 287 lid 4 en 287b.

De procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b lenen zich naar hun aard niet voor het doen van tegenverzoeken. Het gaat immers om procedures ten behoeve van een schuldenaar aan de vooravond van een eventuele schuldsaneringsregeling dan wel ten behoeve van een poging tot het treffen van een minnelijke regeling met zijn schuldeisers.

6.3.4.7 WIJZIGING VAN HET VERZOEK (ART. 283 Rv)

Zolang geen eindbeschikking is gegeven kan de verzoeker het verzoek of de gronden daarvan verminderen (art. 283 Rv).⁸ Dit kan mondeling of schriftelijk geschieden; ook indien de belanghebbende niet in de procedure is verschenen. De belanghebbende/verweerder kan zich tegen een vermindering niet verzetten. Verzoeker kan het verzoek tevens veranderen of vermeederen, maar dat moet in beginsel schriftelijk. Slechts onder omstandigheden kan dit ook mondeling.⁹

⁸ In het KEI-wetsvoorstel kan dit totdat de rechter een datum heeft bepaald voor het geven van de eindbeschikking.

⁹ Van Mierlo 2014, (T&C Rv 2012), art. 283 Rv, aant. 3.

Belanghebbenden kunnen bezwaar maken door te stellen dat de vermeerdering/verandering in strijd is met de goede procesorde. Aangenomen mag worden dat dit zowel schriftelijk bij (aanvullend) verweerschrift als mondeling ter terechtzitting kan.

De rechter kan de vermeerdering/verandering ambtshalve op grond van de goede procesorde buiten beschouwing laten.¹⁰ Dit geldt eveneens als een belanghebbende zich niet tegen een door de verzoeker voorgenomen verandering of vermeerdering verzet en zelfs indien de belanghebbende er uitdrukkelijk mee instemt. De reden hiervoor is dat de rechter bescherming moet bieden aan belanghebbenden die in persoon procederen.

Er kan behoefte bestaan aan het wijzigen van een 287a-verzoek indien de inhoud van de minnelijke schuldregeling wijzigt. Wijziging van een 287 lid 4-verzoek is evenmin denkbeeldig. De behoefte tot wijzigen ligt minder voor de hand bij 287b-verzoeken, omdat de te vragen voorzieningen in die wetsbepaling zijn vastgelegd. De regels omtrent wijziging van het verzoek (art. 283 Rv) zijn hierbij goed toepasbaar.

Dat de rechter de wijziging ambtshalve buiten beschouwing kan laten is nuttig, nu de belanghebbenden (schuldeisers) veelal in persoon procederen.

6.3.4.8 VERWIJZING EN VOEGING WEGENS LITISPENDENTIE OF CONNEXITEIT (ART. 285 Rv)

Deze bepaling zal in procedures ingevolge art. 287 lid 4, 287a en 287b niet worden toegepast omdat daaraan geen behoefte bestaat.

In het KEI-wetsvoorstel wordt het mogelijk gemaakt dat in de procesinleiding zowel een verzoek als een vordering wordt ingediend. (art. 30b lid 1 Rv ontwerp). Deze wijziging kan in theorie gevolgen hebben voor de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b doordat in de desbetreffende verzoeken tevens een vordering wordt ingesteld. Een verzoek ex art. 287 lid 4 betreffende een beslaglegging kan wellicht gedaan worden in combinatie met een vordering ex art. 438 Rv. De insolventierechter kan dan tevens als executierechter optreden. Een ander voorbeeld kan zijn dat bij een verzoek ex art. 287a tevens een verklaring voor recht aangaande de hoogte van de vordering van de niet-instemmende schuldeiser wordt ingesteld. De insolventierechter treedt dan tevens op als handelsrechter of kantonrechter. Problematisch is echter dat ingevolge art. 30b lid 2 Rv (ontwerp) de bepalingen van de vorderingsprocedure in beginsel van toepassing zijn. Voorts is van belang dat ter zake van het verzoek geen griffierecht is verschuldigd en geen verplichte procesvertegenwoordiging bestaat, terwijl dit bij een vordering (kantonzaken daargelaten) in beginsel wel het geval is. Vooralsnog lijkt een combinatie van een verzoek ex art. 287a en b met een vordering niet voor de hand te liggen.

¹⁰ Zie HR 13 januari 1995, *NJ* 1995/370 en Schaafsma-Beversluis, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 283 Rv, aant 3.

6.3.4.9 DATUM UITSPRAAK, EISEN AAN BESCHIKKING, UITVOERBAARBIJ- VOORRAADVERKLARING (ART. 286-288 Rv)

De art. 286 Rv (bekendmaking datum uitspraak) en 287 Rv (inhoudseisen beschikking) zijn direct en zonder problemen toepasbaar.¹¹

Ook nu geldt bij de behandeling van verzoeken ex art. 287 lid 4, 287a en 287b dat na de mondelinge behandeling bekend wordt gemaakt wanneer op het verzoek wordt beslist. Partijen kunnen vragen de beslissing aan te houden (art. 286 Rv). De beslissingen op de drie verzoeken bevatten de gegevens bedoeld in art. 287 Rv (dat naar art. 230 lid 1 en 3 Rv verwijst). Genoemd worden de gegevens van partijen, het verloop van het geding, het verzoek, de gronden van de beslissing, de beslissing zelf, de naam van de rechter en de dag van de uitspraak. Voorts wordt de beslissing ondertekend, eventueel door degene die de beslissing uitspreekt. De eindbeslissing kan op grond van art. 288 Rv (ambtshalve) uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard (met of zonder zekerheidstelling). Dit is in art. 287 lid 4 reeds bepaald door de daarin opgenomen verwijzing naar art. 258 Rv.

Tegen een beslissing ex art. 287b staat op grond van de Faillissementswet geen hogere voorziening open. Desondanks kan wel appel ingesteld worden, bijvoorbeeld omdat de rechter het artikel ten onrechte heeft toegepast of bij de behandeling van de zaak fundamentele rechtsbeginselen heeft verzuimd.¹² Voor dat geval is uitvoerbaarbijvoorraadverklaring wenselijk. Beslissingen waarbij 287a-verzoeken worden toegewezen, worden in de jurisprudentie meestal uitvoerbaar bij voorraad verklaard. (Analogische) toepassing van titel 3 biedt een wettelijke basis voor een dergelijke verklaring.

6.3.4.10 BEWIJSRECHT (ART. 284Rv)

Het volledige bewijsrecht zoals neergelegd in de negende afdeling van titel 2 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is van toepassing op de verzoekschriftprocedure (art. 284 lid 1 en 4 Rv). Dit geldt echter niet indien de aard van de zaak zich hiertegen verzet. Hieronder mag tevens de aard van de procedure worden verstaan.¹³ Het gaat daarbij om zaken zonder tegenpartij of procedures die zich, gelet op hun spoedeisendheid, niet lenen voor toepassing van het bewijsrecht. Hierbij heeft de wetgever vooral gedacht aan verzoeken die strekken tot het nemen van conservatoire maatregelen alsmede aan voorlopige voorzieningen.

Het bewijsrecht speelt bij de beoordeling van de 287 lid 4- en 287b-verzoeken geen (grote) rol. Het gaat immers om spoedshalve te geven voorlopige voorzieningen waarbij de rechter zijn beslissing in hoge mate kan baseren op de aannemelijkheid van bepaalde stellingen.¹⁴ Hij moet immers op basis van de

11 Art. 286 Rv vervalt omdat art. 30q Rv (nieuw) in een algemene regeling voorziet. Nieuw in art. 30q Rv (nieuw) is dat de termijn waarop uitspraak wordt gedaan in de wet is vastgelegd. Tenzij mondeling uitspraak wordt gedaan bedraagt deze termijn in kantonzaken vier weken en in andere zaken zes weken. Deze termijn kan verlengd worden.

12 HR 29 maart 1985, *NJ* 1986/242, m.nt. WHH en LWH en Snijders, Klaassen en Meijers 2011, nr. 317.

13 Van Mierlo 2014, (T&C Rv), art. 284 Rv, aant. 5.

14 HR 1 juni 2007, *L/N* BA3525, *NJ* 2007/309.

beschikbare informatie beslissen. Want er is geen ruimte (tijd) voor het gelasten van getuigenverhoren of deskundigenonderzoeken.

Dit ligt anders bij de beoordeling van het 287a-verzoek. Hoewel deze verzoeken in de praktijk met spoed worden behandeld en de gedachte wellicht vreemd voorkomt, staat niets eraan in de weg om art. 284 lid 1 en 4 Rv van toepassing te achten. Dit kan betekenen dat bij betwisting van relevante (aan het verzoek ten grondslag gelegde) feiten en omstandigheden de schuldenaar/verzoeker tot bewijslevering terzake zou moeten worden toegelaten. Ook zou dit meebrengen dat de weigerende schuldeiser (eventueel) tot het leveren van tegenbewijs wordt toegelaten. Gelet op de aard van de verzoeken zal dit veelal om het leveren van (nader) schriftelijk bewijs gaan, maar het horen van getuigen kan niet worden uitgesloten. Het van toepassing verklaren van art. 284 Rv zal de kwaliteit van de beslissing per saldo ten goede komen. Dit betekent uiteraard dat 287a-procedures langer kunnen gaan duren. Voorzover de schuldenaar daardoor in financiële nood komt, bijvoorbeeld door dreigende uithuiszetting of beslaglegging, kan een 287 lid 4-verzoek soelaas bieden.¹⁵

6.3.4.11 PROCESKOSTENVEROORDELING (ART. 289 Rv)

Art. 289 Rv geeft de rechter een discretionaire bevoegdheid ten aanzien van de vraag of (ambtshalve) een proceskostenveroordeling moet worden uitgesproken.

De in art. 289 Rv geformuleerde regel is algemeen van aard en daarmee goed toepasbaar. Deze regel biedt duidelijkheid in zoverre iedere in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten kan worden veroordeeld. Maar de vraag hoe de proceskosten moeten worden begroot, wordt hiermee niet beantwoord.

6.3.4.12 VERSTREKKEN STUKKEN EN AFSCHRIFTEN (ART. 290 – 291 Rv)

De art. 290 en 291 Rv geven verzoekers en belanghebbende(n) recht op de stukken en vormen een uitwerking van het beginsel van hoor en wederhoor. De bepalingen voorzien in het recht op afschriften van het proces-verbaal van de zitting en de beschikking. Daarnaast is art. 290 lid 2 nuttig, waarin is bepaald dat het afschrift van een eindbeschikking in executoriale vorm wordt verstrekt aan degene die tot tenuitvoerlegging van de desbetreffende beschikking kan overgaan. Art. 291 bepaalt dat verzending van de processtukken en mededelingen geschiedt op de wijze die voor oproepingen is bepaald. Deze verzending en mededeling kan daarom, mits aan de uit de jurisprudentie blijkende zorgvuldigheidseisen (par. 4.4.2.1) is voldaan, evenzeer per fax of e-mail gebeuren.

6.3.4.13 HOGER BEROEP (ART. 358 Rv)

Toepassing van titel 3 kan het stelsel van rechtsmiddelen in de Faillissementswet niet terzijde stellen.

¹⁵ Zie par. 3.9.1.

6.3.4.14 AFRONDING

De conclusie is dat de bepalingen van titel 3 Rv vanaf art. 270 toepasbaar zijn, met uitzondering van:

- a. art. 282 Rv. Voor wat betreft het doen van een tegenverzoek.
- b. art. 284 Rv. Dit betreft het van toepassing verklaren van de regels van bewijsrecht (negende afdeling van titel 2 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). Deze bepaling is niet toepasbaar bij de behandeling van 287 lid 4- en 287b-verzoeken omdat dit voorlopigevoorzieningsprocedures betreft.
- c. art. 285 Rv. Dit betreft de bepaling inzake vrijwaring, verwijzing, voeging en andere incidenten.

Ten slotte dient de regeling in de Faillissementswet zelf te worden verbeterd conform de in dit onderzoek gedane aanbevelingen in de par. 3.11, 4.11 en 5.11.

6.4 Slotbeschouwing

6.4.1 *Samenvoegen art. 287 lid 4 met art. 287b en/of art. 5 Wet Gemeentelijke Schuldhulpverlening*

In deze laatste paragraaf worden enkele algemene beschouwingen over de drie onderzochte wetsartikelen bijeengezet.

De eerste betreft de vraag of de art. 287 lid 4 en 287b zouden moeten worden samengevoegd, eventueel met art. 5 Wgs. Deze drie artikelen zien immers alle op het treffen van voorzieningen ten behoeve van een schuldenaar met een problematische schuldenlast. Het bestaan van art. 287 lid 4 naast art. 287b is verwarrend zoals de praktijk laat zien. Uit de wetsgeschiedenis blijkt niet dat bewust is gekozen voor het maken van twee verschillende wetsbepalingen. Toch bestaat voor samenvoeging van art. 287 lid 4 met art. 287b geen grond of noodzaak. Beide bepalingen hebben een eigen, van elkaar te onderscheiden functie. Art. 287 lid 4 kan worden gezien als de schuldsaneringsrechtelijke pendant van art. 223 Rv (op grond waarvan voorlopige voorzieningen voor de duur van de dagvaardingsprocedure getroffen kunnen worden). De procedure van art. 287b is daarentegen een zelfstandige procedure, gericht op het treffen van voorzieningen ten behoeve van het minnelijke traject. Weliswaar is voor het 287b-verzoek vereist dat een Wsnp-verzoek wordt ingediend, maar van een daadwerkelijke bodemprocedure tot toelating tot de schuldsaneringsregeling is geen sprake. Het gaat allereerst om het kunnen doorlopen van het minnelijke traject. Het voorschrift dat het 287b-verzoek vergezeld moet gaan van een Wsnp-verzoek kan beter vervallen. Het is dan aan de verzoeker om zijn verzoek te onderbouwen met de relevante feiten en omstandigheden. Deze feiten en omstandigheden zijn kort gezegd dat sprake is van een ‘bedreigende situatie’ als bedoeld in lid 2 van art. 287b, dat de lopende verplichtingen kunnen worden nagekomen en dat de schuldenaar met een problematische schuldenlast kampt en van plan (of bezig) is een minnelijke schuldregeling te treffen. Teneinde verwarring in de praktijk te voorkomen is het wenselijk om in art. 287 lid 4 en

287b (beter) tot uitdrukking te brengen waartoe de te treffen voorzieningen dienen.

Een tweede overweging betreft de verhouding tussen art. 287 lid 4 en 287b en de nog niet inwerking getreden afkoelingsperiode in art. 5 van de Wet op de Gemeentelijke Schuldhulpverlening (Wgs).¹⁶ Op grond van art. 5 Wgs kan de rechtbank op verzoek van B&W (nota bene niet op verzoek van de schuldenaar zelf) een afkoelingsperiode afkondigen, waarin elke bevoegdheid van de schuldeiser tot verhaal op de goederen van de schuldenaar en tot opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden niet kan worden uitgeoefend, voor een periode van maximaal zes maanden (art. 5 lid 1 Wgs). Voorwaarde voor een dergelijke afkoelingsperiode (moratorium) is dat een dergelijke periode noodzakelijk is in het kader van schuldhulpverlening (art. 5 lid 2 Wgs). Tevens moet zijn voldaan aan bij algemene maatregel van bestuur gestelde nadere voorwaarden (art. 5 lid 3 Wgs). Deze algemene maatregel van bestuur is nog niet vastgesteld.

De wettekst van art. 5 Wgs spreekt van ‘verhaal op goederen’. Uit de wetsgeschiedenis valt af te leiden dat het de bedoeling is dat beslag, executoriale verkoop en verrekening (eveneens) worden opgeschort.¹⁷ Tevens mag worden aangenomen dat de term ‘goederen’ ziet op zaken en vermogensrechten in de zin van art. 3:1 BW. Ook de rechten uit een (huur)overeenkomst vallen hieronder (art. 3:6 BW). Dit betekent dat het moratorium tevens ziet op de tenuitvoerlegging van ontruimingsvonnissen of vonnissen tot beëindiging van de levering van nutsvoorzieningen. De na te komen verplichtingen, waarover in de toelichting op het amendement wordt gesproken, zijn voorwaarden die de rechter zal stellen bij het afkondigen van de afkoelingsperiode. Het verzoek tot het afkondigen van een moratorium zal waarschijnlijk worden afgewezen als er geen vooruitzicht bestaat dat deze verplichtingen daadwerkelijk nagekomen zullen worden.¹⁸

De conclusie is dat art. 5 Wgs het toepassingsgebied van art. 287b geheel overlapt en in verschillende opzichten erop lijkt; de afkoelingsperiode (art. 5 Wgs) en de voorzieningen (art. 287b) worden ingesteld respectievelijk gegeven teneinde een minnelijke schuldregeling mogelijk te maken, het nakomen van lopende verplichtingen speelt een rol en in beide gevallen duren de voorzieningen maximaal zes maanden. Maar er zijn ook verschillen. Het moratorium van art. 5 Wgs richt zich anders dan art. 287b tot elke schuldeiser van de schuldenaar. Ook schuldeisers die nog niet tot beslaglegging zijn overgegaan worden erdoor getroffen. Daarnaast is afwijkend dat een 287b-verzoek door de schuldenaar zelf wordt gedaan, maar een verzoek ex art. 5 Wgs door B&W wordt ingediend. Het moratorium van art. 287b kan ten slotte, anders dan art. 5 Wgs, minder als een ‘ultimum remedium’ worden gezien. Het lijkt veeleer een in beginsel aan de schuldenaar toegekend recht te zijn. Evengoed zou dit enkel een cosmetisch verschil kunnen zijn. Overeenkomsten met art. 287 lid 4 zijn er nauwelijks omdat art. 287 lid 4 ziet op de periode vanaf het moment dat het minnelijke

¹⁶ Dit artikel is besproken in par. 2.4.6.

¹⁷ Zie de toelichting op het amendement dat tot invoering van het brede moratorium heeft geleid, *Kamerstukken II* 2010/11, 32 291, nr. 49.

¹⁸ Voor meer informatie over art. 5 Wgs zie M.G.A. Poelman, ‘Het breed wettelijk moratorium’, *TvS* en interview met voormalig Tweede Kamerlid Sterk in *De Gerechtsdeurwaarder* 2011, nr. 6, p. 4.

traject is voltooid totdat op het ingediende Wsnp-verzoek is beslist. Art. 287 lid 4 wordt hier verder buiten beschouwing gelaten.

Aan het naast elkaar bestaan van art. 287b en 5 Wgs is bij de behandeling van de Wet Gemeentelijke Schuldhulpverlening geen aandacht besteed. Maar gelet op deze grote overeenkomsten is het naast elkaar bestaan niet wenselijk. Er zijn drie voor de hand liggende oplossingen voor dit probleem.

De eerste is dat art. 287b wordt ingetrokken en als het ware wordt vervangen door art. 5 Wgs. De voor- en nadelen van deze oplossing zijn niet geheel te overzien. Want de algemene maatregel van bestuur van art. 5 lid 3 Wgs, waarin met name de procedure wordt geregeld, is niet ingediend.¹⁹ Voordeel van art. 5 Wgs is dat het een algemene en voor iedere schuldeiser geldende afkoelingsperiode betreft. Anderzijds hindert deze algemeenheid de rechter, omdat hij daardoor geen op maat gesneden voorziening kan treffen. De algemene werking van de afkoelingsperiode brengt ook vragen met zich. Zo is niet duidelijk of de schuldenaar iets voor de schuldeisers terzijde zou moeten leggen indien een loon- of uitkeringsbeslag door de afkoelingsperiode van art. 5 Wgs wordt getroffen; – en zo ja, wat? Het ligt niet voor de hand dat de schuldenaar aldus vrijkomend inkomen voor consumptieve doeleinden aanwendt. Daarnaast is een nadeel van art. 5 Wgs dat de schuldenaar voor de vraag of zijn verzoek wordt ingediend afhankelijk is van de bereidheid van zijn gemeente. Dit kan leiden tot conflicten tussen schuldenaren en de gemeente. Het is bovendien zuiverder indien de schuldenaar het brede moratorium zelf kan aanvragen.

De tweede oplossing is dat art. 5 Wgs wordt ingetrokken en het toepassingsgebied van art. 287b wordt uitgebreid. Allereerst zou het mogelijk moeten worden om loon- of uitkeringsbeslagen te schorsen zoals aanvankelijk door Weekers c.s. met art. 287b werd beoogd.²⁰ Daaraan zou moeten worden toegevoegd dat een dergelijk beslag ook gedeeltelijk kan worden geschorst, opdat maatwerk kan worden geleverd. Een variant kan zijn dat gelegde beslagen worden beperkt tot het gedeelte van het inkomen dat uitgaat boven het in de schuldsaneringsregeling gehanteerde vrij te laten bedrag (art. 295) in plaats van de beslagvrije voet. Immers kan worden aangenomen dat de schuldenaar van dit bedrag kan rondkomen, mede omdat met bijzondere situaties zoals hoge woonlasten rekening gehouden kan worden. Daarnaast is het nuttig om het toepassingsgebied van art. 287b tot beslaglegging op andere vermogensbestanddelen uit te breiden. Hierbij past de kanttekening dat niet bij elke beslaglegging op een vermogensbestanddeel van de schuldenaar sprake is van een situatie die het succesvol doorlopen van een minnelijk traject daadwerkelijk bedreigt. Ten slotte zou het mogelijk moeten worden gemaakt dat de insolventierechter de officier van justitie beveelt specifieke maatregelen die ingevolge de zogeheten Wet Mulder of strafrechtelijke vonnissen zijn voorgenomen, niet door te voeren. Daarbij kan worden gedacht aan maatregelen zoals de inname van het rijbewijs, gijzeling of voorlopige hechtenis.

Met genoemde uitbreiding blijft het, anders dan bij art. 5 Wgs, mogelijk dat een andere schuldeiser naderhand beslag kan leggen, waarna opnieuw een 287b-verzoek (nieuwe stijl) zou moeten worden ingediend. Dit kan als nadeel worden

¹⁹ Hierin zou uitgangspunt moeten zijn dat titel 3 (zie hoofdstuk 6) van toepassing is.

²⁰ *Kamerstukken II* 2006/07, 29 942, nr. 26.

gezien. Het voordeel is echter dat de rechter maatwerk kan leveren door telkens de betrokken belangen af te wegen. Vanuit het oogpunt van bescherming van de rechten van de schuldeisers heeft de intrekking van art. 5 Wgs en de evenredige uitbreiding van het toepassingsgebied van art. 287b de voorkeur. Bovendien heeft deze (tweede) oplossing het voordeel dat wordt voortgebouwd op bestaande praktijk en ervaring. Deze oplossing versterkt bovendien de rol van de insolventierechter bij het geven van voorzieningen in de pre-insolventiefase.²¹

De derde oplossing, ten slotte, is dat het brede moratorium van art. 5 Wgs wordt overgebracht naar art. 287b, hetgeen meebrengt dat het dan de schuldenaar zelf is die dit moratorium verzoekt. De voor- en nadelen van deze oplossing zijn hiervoor aan de orde geweest.

Een nog verder gaande stap is dat een moratorium in werking treedt als een schuldhulpverlener, die voldoet aan nader te bepalen kwaliteitseisen, meldt dat een schuldenaar een aanvraag voor een schuldregeling heeft gedaan dan wel meldt dat hij activiteiten ontplooit die erop gericht zijn de financiële situatie van de schuldenaar op korte termijn te stabiliseren. Veel convenanten die de NVVK met diverse (organisaties van) schuldeisers heeft gesloten zijn op deze leest geschoeid.²² Aangezien aan een dergelijke regeling, anders dan bij de NVVK-convenanten, geen voorafgaande overeenstemming met schuldeisers ten grondslag ligt, dient de betrokken schuldeiser zich steeds tot de (insolventie)rechter te kunnen wenden met het verzoek dit moratorium ten aanzien van hem geheel of gedeeltelijk op te heffen. Het gevaar van een dergelijke regeling is dat het moratorium te snel wordt verkregen, bijvoorbeeld door schuldenaren met hoge fraudeschulden of telkens terugkerende financiële problemen.²³ Bij de huidige stand van zaken gaat deze stap daarom nog te ver.

6.4.2 Overbrengen art. 287 lid 4, 287a en 287b naar titel IV?

De drie onderzochte wetsartikelen zien op de periode voordat een schuldenaar (eventueel) tot een insolventieprocedure wordt toegelaten. De pre-insolventieperiode heeft de laatste tijd steeds meer aandacht van de wetgever en de rechtsliteratuur gekregen. Er zijn thans diverse voorstellen voor nadere regelingen van, of ten behoeve van, deze periode. Te noemen vallen het voorstel voor invoering van een stille bewindvoerder, de voorgenomen (stille) curator en een dwangakkoord buiten faillissement. Deze voorgestelde regelingen worden alle in een nieuwe titel IV van de Faillissementswet ondergebracht. Deze ontwikkelingen doen de gedachte postvatten dat het wellicht beter is om ook de art. 287 lid 4, 287a en 287b – te zijner tijd – over te brengen naar deze nieuwe titel IV. Art. 287 lid 4 is echter primair verbonden aan de procedure tot toelating tot de schuldsaneringsregeling, zodat deze bepaling niet moet worden verplaatst. Wel is in dit onderzoek gebleken dat een voorlopige voorziening hangende een procedure ex art. 287a nuttig en zinvol is. Het kan zelfs zinvol zijn indien een voorlopige voorziening, die op de stukken is te geven, wordt gevraagd in een procedure ex art. 287b. De conclusie is derhalve dat art. 287 lid 4 niet verplaatst

21 Zie hierover H.H. Dethmers, 'De schuldsaneringsregeling processueel benaderd', *TCR* 2007, p. 90.

22 De teksten van een aantal convenanten is te vinden op www.nvbk.eu.

23 Met andere woorden: aan schuldenaren die niet tot de schuldsaneringsregeling toegelaten zullen worden.

doch gekloond moet worden, opdat een voorlopige voorziening gevraagd kan worden hangende een 287a- of 287b-procedure. Deze bepaling zou wellicht voor alle in titel IV op te nemen procedures kunnen gelden.

Art. 287b zou daarentegen wel verhuist kunnen worden. Verplaatsing ervan heeft als bijkomend voordeel dat het verschil met art. 287 lid 4 beter tot uitdrukking komt.

Voor de overzetting van art. 287a naar titel IV pleit dat hiermee tot uitdrukking kan worden gebracht dat het 287a-verzoek los staat van de vraag of toelating tot de schuldsaneringsregeling mogelijk is. Ten slotte kan als voordeel worden genoemd dat er met deze overbrenging geen beletsel (meer) is om titel 3 op deze procedures van toepassing te verklaren.

Samenvatting

Hoofdstuk 1 Inleiding

Onderwerp van dit onderzoek zijn de in 2008 ingevoerde verzoekschriftprocedures van de art. 287 lid 4, art. 287a en art. 287b van de Faillissementswet. Deze wetsbepalingen maken alle drie onderdeel uit van de tien jaar daarvoor, in 1998, in de Faillissementswet opgenomen regeling voor (wettelijke) schuldsanering van natuurlijke personen.

Art. 287 lid 4 introduceert een voorlopige voorziening bij voorraad in het schuldsaneringsrecht. De voorlopige voorziening van deze wetsbepaling kan worden gegeven voor de periode totdat is beslist op het verzoek tot toelating tot de wettelijke schuldsaneringsregeling (nader: Wsnp-verzoek). Het gaat om gevallen waarin een schuldeiser overgaat tot tenuitvoerlegging van een vonnis of een andere executoriale titel en er voor de schuldenaar een noodsituatie dreigt. Hierbij moet gedacht worden aan ontruiming van door schuldenaar gehuurde bedrijfs- of woonruimte, (derden)beslag op het inkomen van de schuldenaar en feitelijke beëindiging van de levering van gas, elektriciteit of water (afsluiting). De voorziening van art. 287 lid 4 dient ertoe de noodsituatie voor de schuldenaar af te wenden opdat deze een te verwachten wettelijke schuldsanering kan doorlopen.

Art. 287a maakt het mogelijk de rechter te vragen een schuldeiser die weigert mee te werken aan een door de schuldenaar aangeboden buitengerechtelijke schuldregeling, te bevelen aan deze regeling mee te werken. Dit wordt hierna de gedwongen schuldregeling genoemd. De gedachte is dat met een gedwongen schuldregeling een wettelijke schuldsanering kan worden voorkomen. Het 287a-verzoek maakt onderdeel uit van een Wsnp-verzoek.

In art. 287b gaat het, evenals bij art. 287 lid 4, om een voorlopige voorziening. De voorlopige voorziening van art. 287b dient ertoe de schuldenaar in de gelegenheid te stellen een minnelijke regeling met zijn schuldeisers te treffen. De voorlopige voorziening (ook wel genoemd: moratorium) kan alleen worden gegeven als sprake is van een in art. 287b omschreven bedreigende situatie, te weten een gedwongen woningontruiming, beëindiging van de levering van gas, elektriciteit of water of opzegging dan wel ontbinding van een zorgverzekeringsovereenkomst. Bij het 287b-verzoek moet een Wsnp-verzoek zijn gevoegd, met dien verstande dat dit Wsnp-verzoek nog niet compleet kan zijn.

In dit onderzoek staat centraal de vraag binnen welk kader de beperkt beschreven verzoekschriftprocedures van art. 287 lid 4, art. 287a en art. 287b kunnen worden gezien. De procedures zijn opgenomen in de Faillissementswet. Het procesrecht in de Faillissementswet kan als burgerlijk procesrecht worden gekenschetst. In Titel 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (nader: titel 3 Rv) is de verzoekschriftprocedure geregeld. In art. 362 van de Faillissementswet is de toepasselijkheid van titel 3 Rv echter uitgesloten voor procedures ingevolge deze wet. Het insolventierecht is daarmee het enige tot het burgerlijke recht te rekenen rechtsgebied met een eigen, niet in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geregeld procesrecht. De volgende onderzoeksvragen zijn geformuleerd:

- a. Binnen welk procedureel kader dienen de procedures van art. 287 lid 4, art. 287a en art. 287b te worden gezien?
- b. Op welke wijze worden de art. 287 lid 4, art. 287a en art. 287b in de rechtspraak toegepast, tot welke procedurele problemen en onduidelijkheden geeft dit aanleiding en welke problemen doen zich voor in relatie tot het geschetste procedurele kader?
- c. Wat kunnen voorlopigevoorzieningenprocedures en andere regelingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bijdragen aan de invulling en verbetering van de procedures van de art. 287 lid 4, art. 287a en art. 287b?
- d. Tot welke voorstellen voor verbetering en aanpassing van (de toepassing van) de art. 287 lid 4, art. 287a en art. 287b kan het voorgaande leiden?

Met dit onderzoek worden de lacunair beschreven procedures van art. 287 lid 4, art. 287a en art. 287b zo veel mogelijk ingepast in het systeem van het insolventieprocesrecht en daarmee het bestaande Nederlands burgerlijk procesrecht. Aldus wordt niet alleen de kwaliteit van deze afzonderlijke procedures verbeterd, maar ook de onderlinge afstemming met de Faillissementswet. Bovendien wordt zo de coherentie van het burgerlijk procesrecht vergroot. Het onderzoek is uitgevoerd aan de hand van wetgeving, wetsgeschiedenis, literatuur en jurisprudentie. Deze bronnen zijn in het licht van de geformuleerde onderzoeksvragen geordend en geanalyseerd.

Hoofdstuk 2 Burgerlijk procesrecht en insolventieprocesrecht

In hoofdstuk 2 is het terrein van het burgerlijk procesrecht verkend. De aard en de functies van het burgerlijk procesrecht zijn beschreven.

Een leidende gedachte bij het denken over modern procesrecht is dat het procesrecht, ter bevordering van een efficiëntere en snelle afwikkeling van de procedure, partijen dwingt in een zo vroeg mogelijk stadium al hun kaarten op tafel te leggen. Deze zo te noemen voorfase is voor de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b relevant. In dit onderzoek is het belangrijkste beginsel van het burgerlijk procesrecht, het beginsel van hoor en wederhoor, geanalyseerd en zijn de verschillende aspecten van dit beginsel in kaart gebracht. Voorts zijn enkele procedures uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering beschreven die vergelijkbaar zijn met de drie te onderzoeken wetsartikelen. Dit zijn onder andere het kort geding (art. 254 Rv) en de provisionele vordering hangende een bodemprocedure (art. 223 Rv).

Vervolgens is het insolventieprocesrecht onderzocht en geanalyseerd. Dit procesrecht behoort tot het terrein van het burgerlijk procesrecht maar vertoont een aantal van dat procesrecht afwijkende kenmerken. Het beginsel van hoor en wederhoor speelt in het insolventieprocedures een ondergeschikte rol. Mede aan de hand van het Eurofood-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG 2 mei 2006, *NJ* 2010/93, *JOR* 2006/224) is geconcludeerd dat het beginsel van hoor en wederhoor ook in insolventieprocedures geldt en slechts – tijdelijk – wijkt indien de spoedeisendheid van de zaak dat eist.

Bij de analyse van het insolventieprocesrecht zijn zes bijzondere kenmerken naar voren gekomen. Deze zijn als volgt samengevat:

- a. het kent snelle procedures met korte termijnen en een gesloten stelsel van rechtsmiddelen,
- b. niet steeds is sprake van een geschil tussen partijen en in het schuldsaneringsrecht is de schuldenaar centraal komen te staan,
- c. de feiten worden niet op klassieke wijze vastgesteld,
- d. de rechter stelt zich ten aanzien van het bijeenbrengen van die feiten veelal actief op,
- e. de insolventierechter heeft ook niet-rechterlijke taken en bevoegdheden,
- f. het raakt aan het terrein van het publiekrecht/algemeen belang, en
- g. de wetgever heeft een traject voorafgaand aan de schuldsaneringsregeling voorgeschreven, dat het insolventieprocesrecht beïnvloedt.

Geconcludeerd is voorts dat op de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b de bepalingen van de verzoekschriftprocedure in titel 3 Rv (en daarmee de algemene bepalingen van art. 19 Rv e.v.) toepasselijk, althans toepasbaar zijn, met dien verstande dat de bijzondere kenmerken van het insolventieprocesrecht kunnen prevaleren.

Het te schetsen procedurele kader houdt dan het volgende in.

Ten eerste geldt het ‘super’-beginsel van hoor en wederhoor. Dit volgt zowel uit art. 6 EVRM als uit het toepasselijke, of analogisch toe te passen, art. 19 Rv. Vereiste spoedeisendheid kan meebrengen dat dit beginsel (tijdelijk) niet van toepassing is.

Ten tweede brengt de aard van het insolventieprocesrecht voor de drie procedures mee dat sprake is van op spoed gerichte procedures met korte termijnen (kenmerk a), dat het bewijsrecht in beperkte mate toepasselijk is (kenmerk c), dat de rechter zich bij het bijeenbrengen van het bewijs actief opstelt (kenmerk d) en dat de verplichte voorprocedure (het minnelijke traject) een belangrijke rol speelt (kenmerk g). Korte termijnen en een beperkte rol van het bewijsrecht vloeien, voor wat betreft art. 287 lid 4 en 287b, tevens voort uit de aard van de procedures zelf. Dit zijn immers beide voorlopige voorzieningenprocedures. In de vergelijkbare procedure ex art. 254 Rv (kort geding) is in het algemeen sprake van korte termijnen en is in beginsel geen sprake van toepassing van regels van bewijsrecht. In de procedure van art. 287a zou het bewijsrecht, conform het toepasselijke dan wel analogisch toe te passen art. 284 Rv, wel (moeten) gelden. De drie procedures passen niet naadloos in het systeem en bij de aard van het insolventieprocesrecht. De onder b en d genoemde

kenmerken van het insolventieprocesrecht spelen geen rol: er is immers steeds sprake van een geschil tussen partijen (dat wil zeggen tegenspraak) en de insolventierechter treedt niet op als toezichthouder, maar als geschillenbeslechter. Dit is in procedures ex art. 287 lid 4 overigens niet geheel duidelijk, hetgeen in hoofdstuk 3 is onderzocht. Het lijkt in het algemeen belang dat met art. 287 lid 4 en 287b sociale noodsituaties en schrijnende gevallen worden voorkomen, dat daarmee een wettelijke of minnelijke schuldsanering bereikt kan worden en dat met een gedwongen schuldregeling een wettelijke schuldsaneringsregeling onnodig wordt (kenmerk f).

Ten derde vormen, met inachtneming van het voorgaande, de bepalingen van titel 3 Rv het richtsnoer voor de drie procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b.

Binnen dit procedurele kader is een aantal spanningsvelden aanwezig. Vooreerst kan het beginsel van hoor en wederhoor wringen met het spoedeisende karakter van het insolventieprocesrecht en de drie procedures. Daarnaast staat het in het insolventieprocesrecht gebruikelijke aannemelijkheidsoordeel op gespannen voet met het toepassen van regels van bewijsrecht op grond van het toepasselijke of analogisch toe te passen art. 284 Rv. Dit spanningsveld doet zich enkel voor bij de procedure van art. 287a omdat in beide andere procedures reeds sprake is van een aannemelijkheidsoordeel, nu het daar gaat om voorlopige-voorzieningenprocedures. Ten slotte conflicteert de actieve houding van de insolventierechter met de in art. 24 Rv neergelegde lijdelijkheid van de rechter.

Hoofdstuk 3 Voorlopige voorzieningen op de drempel van de schuldsaneringsregeling

Hoofdstuk 3 behandelt art. 287 lid 4. Op grond van deze bepaling kan de rechter voorlopige voorzieningen treffen voor de duur van de behandeling van het Wsnp-verzoek en ter overbrugging van de periode tussen het indienen van het verzoek en de beslissing daarop.

Art. 287 lid 4 vertoont meer overeenkomsten met art. 223 Rv (de provisionele voorziening hangende een bodemprocedure) dan met het kort geding (art. 254 Rv).

De praktijk laat veel verschillende voorzieningen zien. De grootste gemene deler is dat de voorzieningen ertoe strekken de schuldeiser te beknootten in de uitoefening van zijn bevoegdheden tot het ten uitvoer leggen van executoriale titels. De insolventierechter treedt daardoor als executierechter op. Hij beoordeelt 287 lid 4-verzoeken echter anders dan de ‘gewone’ executierechter in kort geding. Hij schorst lopende executies sneller dan de gewone kortgedingrechter. Dit is begrijpelijk omdat de voorzieningen worden gegeven tegen de achtergrond van een (waarschijnlijk) te verwachten schuldsaneringsregeling.

Art. 287 lid 4 bepaalt niet dat de schuldeiser op wie de verzochte voorziening betrekking heeft moet worden gehoord door de rechter. In dit onderzoek is, mede aan de hand van het hiervoor genoemde Eurofood arrest van het Hof van Justitie, geconcludeerd dat de rechter daartoe wel verplicht is. Als de schuldeiser in kwestie voor de zitting wordt opgeroepen – veel rechtbanken doen dit wel – dan worden aan hem niet alle bij het 287 lid 4-verzoek horende stukken gezonden. De rechter beslist aldus op het verzoek zonder dat de schuldeiser over alle

stukken beschikt. Dit is (eveneens) een duidelijke schending van het beginsel van hoor en wederhoor.

In hoofdstuk 3 zijn de grenzen van het toepassingsgebied verkend, waarbij onder meer is gebleken dat art. 287 lid 4 een nuttige functie kan vervullen voor de periode totdat op een 287a-verzoek is beslist. Hangende de beslissing op een 287a-verzoek kan immers ook sprake zijn van een noodsituatie.

Tot slot is een aantal aanbevelingen tot verbetering van de art. 287 lid 4-procedure gedaan. De belangrijkste daarvan zijn:

a. Het verdient aanbeveling dat de schuldenaar verplicht wordt voorafgaand aan het indienen van een 287 lid 4-verzoek contact op te nemen met de schuldeiser (die met executiemaatregelen een noodsituatie voor de schuldenaar bewerkstelligt).

b. Bij de beoordeling van 287 lid 4-verzoeken gaat het om het samenbrengen van een drietal uiteenlopende belangen: (i) de eis van spoedeisendheid, (ii) de vraag of toelating tot de schuldsaneringsregeling waarschijnlijk is, en (iii) de belangen van partijen, te weten het belang van verzoeker bij de voorziening en het belang van de schuldeiser bij (voortzetting van) de executie.

c. De jurisprudentie betreffende het spoedeisend belang bij vorderingen op grond van art. 254 Rv leert dat een voorziening (verbod) niet alleen mogelijk is bij een inbreuk, maar dat dit ook bij een dreigende inbreuk kan worden gegeven. Verder is van belang dat de voorzieningenrechter vrij is een minder vergaande voorziening te geven dan de gevorderde. Andere op de behandeling van 287 lid 4-verzoeken toepasbare gezichtspunten uit de kortgedingjurisprudentie zijn de overweging dat de eventuele voorziening zich dient te richten op het behoud van de toestand tot aan de uitspraak in een eventuele bodemprocedure, dat een dergelijke voorziening niet verder dient te gaan dan nodig is en dat, indien de gevraagde voorziening feitelijk onomkeerbare gevolgen heeft, dat op zichzelf geen grond vormt om de voorziening ongeschikt te achten. Aanbevolen wordt deze uitgangspunten bij art. 287 lid 4 toe te passen; dit kan de effectiviteit en het belang van deze bepaling vergroten.

d. Aangezien de rechter die op het 287 lid 4-verzoek beslist toch in enige mate op de beoordeling van het Wsnp-verzoek zal moeten vooruitlopen, verdient het de voorkeur dat een andere rechter op dat Wsnp-verzoek beslist. Dit kan worden beschouwd als een door de insolventierechter in acht te nemen gedragsregel.

Hoofdstuk 4 Voorlopige voorzieningen tijdens het minnelijk traject

In hoofdstuk 4 heeft art. 287b centraal gestaan. Het doel van de voorzieningen (of: het moratorium) van art. 287b is om de verzoeker/schuldenaar in staat te stellen een minnelijke regeling met zijn schuldeisers te treffen en/of zijn goede trouw meer gefundeerd te laten blijken. Omtrent laatstgenoemde doelstelling is in de wetsgeschiedenis en de jurisprudentie niets terug te vinden.

Er is geen sprake van een bodemprocedure zodat een vergelijking met de procedure van art. 223 Rv of het 'gewone' kort geding met enige terughoudendheid dient te worden uitgevoerd.

De procedure van art. 287b past in het systeem en de aard van het insolventieprocesrecht in die zin dat sprake is van een spoedprocedure en dat geen hoger beroep openstaat van de beslissing op het verzoek. De rechter baseert zijn beslissing aan de hand van de vraag of de relevante feiten voldoende aannemelijk zijn.

Uit de jurisprudentie inzake art. 287b rijst het beeld dat de schuldenaar een relatief sterk recht op een voorlopige voorziening (moratorium) toekomt en dat de vraag of de schuldenaar tot de schuldsaneringsregeling kan worden toegelaten geen rol speelt. Een 287b-verzoek wordt over het algemeen op zeer korte termijn behandeld. Er is geen onderzoek bekend naar de werking van art. 287b. Daarom is niet bekend of een voorziening ex art. 287b het treffen van een minnelijke regeling tussen schuldenaar en schuldeiser stimuleert.

In de praktijk blijkt met enige regelmaat dat schuldenaren zich kort voor een aangekondigde woningontruiming tot een schuldhulpverlenende instantie wenden die vervolgens een art. 287b-verzoek indient. Aldus worden de veel voorkomende wachtlijsten in het minnelijke traject omzeild. In dit verband is de vraag gerezen of art. 287b wel van toepassing is indien er geen sprake is van een daadwerkelijk minnelijk traject en of een 287b-verzoek wel kan worden toegewezen indien een schuldenaar zich direct na een eerste melding bij een schuldhulpverlener een dergelijk verzoek indient. De jurisprudentie is hierover verdeeld. Ik meen dat een 287b-verzoek toewijsbaar kan zijn zonder dat het minnelijk traject is opgestart, mits sprake is van een begin van stabilisatie van de problematische schulden. Dit stabilisatietraject is de aan minnelijke schuldregeling voorafgaande periode waarin inkomsten en uitgaven op elkaar worden afgestemd

Art. 287b schiet in die zin te kort dat beslaglegging op loon en vermogen het minnelijke traject nog steeds kan bemoeilijken. In 2012 is in art. 5 Wet gemeentelijke schuldhulpverlening (Wgs) een breed moratorium (met werking jegens alle schuldeisers) opgenomen. Deze wet is wel, maar genoemd art. 5 is nog niet in werking is getreden. Op de verhouding tot art. 5Wg wordt in hoofdstuk 6 ingegaan.

Gebleken is dat de schuldeiser bij het oproepen voor de mondelinge behandeling van het 287b-verzoek, niet alle informatie ontvangt. De meeste rechtbanken lijken alleen het 287b-verzoek mee te sturen, maar zelfs dat gebeurt niet in alle gevallen. Deze praktijk is in strijd met het beginsel van hoor en wederhoor.

Mede op basis van een vergelijking met titel 3 Rv is een aantal aanbevelingen tot verbetering van de procedure gedaan:

a. Evenals bij art. 287 lid 4 verdient het aanbeveling dat de schuldenaar eerst contact opneemt met de schuldeiser in kwestie alvorens hij een 287b-verzoek indient.

b. De in de huidige redactie van art. 287b neergelegde eis dat een volledig Wsnp-verzoek wordt bijgevoegd dient te vervallen. Voldoende is dat de noodzaak van de gevraagde voorziening blijkt alsook dat de schuldenaar bezig is een

schuldregeling met zijn schuldeisers te treffen dan wel doende is een schuldregelingsaanbod voor te bereiden. Daarbij dient verlangd te worden dat het minnelijke traject (de schuldbemiddeling) wordt uitgevoerd door een instelling of persoon genoemd in art. 48 lid 1 van de Wet op het consumentenkrediet (Wck). Schuldbemiddeling door anderen is immers verboden (art. 47 Wck).

c. Een maatstaf ter beoordeling van een 287b-verzoek is in de wet niet opgenomen. Als uitgangspunt heeft te gelden dat de in de wet omschreven voorzieningen (naar hun aard) noodzakelijk zijn om verzoeker in staat te stellen in het minnelijke traject tot overeenstemming te komen met zijn schuldeisers of – desnoods – dat hij een 287a-verzoek te doen. Voorts mag worden aangenomen dat de verzoeker de intentie heeft tot een al dan niet gedwongen (art. 287a) schuldregeling te komen. De nakoming van doorlopende verplichtingen dient telkens gewaarborgd zijn. Mochten er voldoende aanwijzingen zijn dat de genoemde noodzaak of intentie ontbreekt dan wordt het verzoek afgewezen. Indien aan deze uitgangspunten en voorwaarden is voldaan dan geldt dat alleen zwaarwegende belangen van schuldeisers (bij afwijzing van het verzoek) tot afwijzing van het 287b-verzoek kunnen leiden.

d. In de wet is niet bepaald dat een eenmaal getroffen voorziening ex art. 287b door de rechter kan worden gewijzigd of ingetrokken. Voor echtscheidingsprocedures is in art. 821 lid 1 Rv bepaald dat een voorlopige voorziening ook kan worden gevraagd indien een voorziening is gegeven. Dit kan slechts (i) als de omstandigheden na de beschikking in zodanige mate zijn gewijzigd; of (ii) als bij het geven van de beschikking in zodanige mate van onjuiste gegevens is uitgegaan dat, alle betrokken belangen in aanmerking genomen, de voorziening niet in stand kan blijven (art. 824 lid 1 Rv). Ik beveel aan een dergelijke bepaling in art. 287b op te nemen.

Hoofdstuk 5 De gedwongen schuldregeling

In hoofdstuk 5 is de derde in 2008 geïntroduceerde voorziening, die van art. 287a, onder de loep genomen. Deze bepaling maakt het mogelijk een schuldregeling bij de rechter af te dwingen bij schuldeiser(s) die niet instemde(n) met een van de schuldenaar afkomstig aanbod voor een minnelijke schuldregeling. De rechter kan daartoe overgaan indien de schuldeiser ‘... in redelijkheid niet tot weigering van instemming met de schuldregeling heeft kunnen komen, in aanmerking genomen de onevenredigheid tussen het belang dat hij heeft bij uitoefening van de bevoegdheid tot weigering en de belangen van de schuldenaar of van de overige schuldeisers die door die weigering worden geschaad.’ Deze beoordelingsmaatstaf van art. 287a is afgeleid van het in art. 3:13 lid 2 BW (als laatste) genoemde geval van misbruik van bevoegdheid. De wetgever heeft in de memorie van toelichting een groot aantal gezichtspunten genoemd die van belang zijn bij de beoordeling van een 287a-verzoek. Hiermee is het criterium als het ware ingevuld. Uit het Payroll-arrest van de Hoge Raad (HR 12 augustus 2005, *LJN AT7799*, *NJ 2006/230*) kan worden afgeleid dat een schuldeiser niet snel misbruik van bevoegdheid maakt als hij een aanbod voor een minnelijke schuldregeling afwijst.

Veel insolventierechters hebben verzoeken tot oplegging van een dwangregeling toegewezen, waar deze met het Payroll-arrest in de hand afgewezen konden

worden. Deze welwillendheid jegens de schuldenaar is naar mijn mening vooral te verklaren uit de omstandigheid dat bij 287a-verzoeken een volledig Wsnp-verzoek moet worden ingediend en de schuldsaneringsregeling en de daarin te verwachten opbrengst een duidelijk ankerpunt bieden. In dit onderzoek is geconcludeerd dat er bezwaren zijn tegen deze soepele toepassing van art. 287a. Eén van de belangrijkste bezwaren is dat de schulden (passiva) en bezittingen (activa) niet systematisch en deugdelijk worden onderzocht.

Het is vaste jurisprudentie dat het aanbod door een onafhankelijke partij dient te worden getoetst. Als een aanbod wordt gedaan door een in opdracht van de schuldenaar werkende rechtshelper dan is in beginsel niet aan die eis voldaan.

Gebleden is dat de rechtbanken bij de oproep van de weigerende (niet-instemmende) schuldeiser niet alle van de schuldenaar bij het 287a-verzoek ontvangen informatie meezenden, hetgeen in strijd is met het beginsel van hoor en wederhoor.

Tevens zijn de grenzen van het toepassingsgebied onderzocht. Mijn conclusie is dat een art. 287a-verzoek over het algemeen zal moeten worden afgewezen indien toelating tot de schuldsaneringsregeling niet aan de orde is.

Tot slot zijn ook ten aanzien van de 287a-procedure diverse aanbevelingen gedaan. De belangrijkste zijn:

a. Aanbevolen is dat de bezittingen en schulden steeds grondig en aan de hand van een vaste methodiek worden onderzocht. Daartoe is in dit onderzoek een eerste schets gegeven. Een zekere vorm van postblokkade en gestructureerde inzage in de financiën van de schuldenaar zijn daarbij onontbeerlijk. Voorts dienen bij dit onderzoek openbare bronnen te worden geraadpleegd, zoals het Kadaster en de Rijksdienst voor het Wegverkeer.

b. In de eis dat een volledig Wsnp-verzoek bij het 287a-verzoek moet zijn gevoegd en het verbod op schuldbemiddeling door personen of instellingen die niet in de Wet op het consumentenkrediet zijn genoemd (art. 47 j° 48 lid 1 Wck) ligt besloten dat een minnelijk traject dat tot het 287a-verzoek leidt, moet worden uitgevoerd door een in art. 48 lid 1 Wck genoemde persoon of instelling.

c. Dit voorschrift doet niet af aan de eis van een onafhankelijke en deskundige toetsing van het aanbod tot een minnelijke schuldregeling. In dit onderzoek heb ik geconcludeerd dat een advocaat van een schuldenaar niet als een onafhankelijke derde is te beschouwen. De advocaat van een schuldenaar moet immers diens belangen behartigen en niet die van de schuldeisers. Anderzijds is bijstand van een advocaat uiteraard wel wenselijk. In voorkomend geval zou het aanbod kunnen worden getoetst door een onafhankelijke derde zoals een op dit gebied deskundige accountant of de belastingdienst, met name waar het ex-ondernemers betreft. Desnoods kan de insolventierechter een deskundige benoemen. De grondslag voor een dergelijke benoeming kan worden gevonden in een analogische toepassing van art. 194 j° 284 Rv. De kosten van de deskundige, die ten laste van verzoeker moeten worden gebracht, zullen meebrengen dat hiervan in de praktijk niet vaak gebruik zal worden gemaakt.

d. Bij het doen van een schuldsaneringsvoorstel aan de schuldeisers dient een volledig overzicht van de bezittingen (activa) en schulden (passiva) te worden

gevoegd. Verder dient te worden toegelicht op welke wijze deze activa en passiva zijn vastgesteld. Voorts dient te worden aangegeven op welke wijze eventuele passiva te gelde zijn gemaakt. Dit past bij het belang van de voorfase in zowel het insolventieprocesrecht als het burgerlijk procesrecht. Het volgt tevens uit de redelijkheid en billijkheid die de verhouding tussen partijen beheerst (art. 6:2 en art. 6:248 BW).

e. Op de verzoeker rust een zwaarwegende stelplicht. Deze houdt in dat de in art. 287a lid 5 bedoelde onevenredigheid wordt onderbouwd. Dit moet gebeuren aan de hand van de criteria uit de memorie van toelichting bij art. 287a. Verzoeker zal in elk geval aan de hand van de eerste vijf in de wetsgeschiedenis van art. 287a genoemde gezichtspunten/criteria moeten stellen en onderbouwen dat het schikkingsvoorstel door een onafhankelijke en deskundige partij is getoetst, dat het schikkingsvoorstel goed en betrouwbaar is gedocumenteerd, dat voldoende duidelijk is gemaakt dat het aanbod het uiterste is waartoe hij financieel in staat moet worden geacht en dat het alternatief van faillissement of schuldsanering geen (beter) uitzicht voor de schuldenaar, noch voor de (niet-instemmende) schuldeiser biedt.

f. De gewone regels van bewijsrecht zijn op de procedure van art. 287a van toepassing. Dit volgt uit het toepasselijke, dan wel overeenkomstig toe te passen, art. 284 Rv. Het toepassen van de regels van bewijsrecht zal overigens slechts in een beperkt aantal gevallen betekenen dat de procedure langer duurt. Het verweer van de niet-instemmende schuldeiser houdt namelijk meestal geen verband met de stellingen van de verzoeker/schuldenaar, maar ziet over het algemeen op de hoogte van het aanbod en het feit dat een insolventieprocedure met meer waarborgen is omkleed.

g. Een proceskostenveroordeling dient, anders dan art. 287a lid 6 suggereert, geen automatisme te zijn. Zij kan eerst worden gegeven als het 287a-verzoek wordt toegewezen, de schuldeiser (daadwerkelijk) in het ongelijk wordt gesteld en de procedure namens verzoeker door een gemachtigde is gevoerd, dan wel indien verzoeker aantoont reis-, verblijf- en/of verletkosten te hebben gemaakt. Op grond van de jurisprudentie is voorts de conclusie dat een veroordeling in de kosten van de gemachtigde slechts op haar plaats is indien (de) kosten van de gemachtigde ten laste van verzoeker komen. Voor de beantwoording van de vraag of de schuldeiser daadwerkelijk in het ongelijk is gesteld, dient bekend te zijn over welke informatie de schuldeiser beschikte, hetzij in het minnelijke traject, hetzij bij de oproeping voor de mondelinge behandeling. Indien het verzoek (mede) wordt toegewezen op grond van informatie die op dat moment niet bekend was dan kan niet gezegd worden dat de schuldeiser in het ongelijk is gesteld.

Hoofdstuk 6 Conclusies en aanbevelingen

In het slothoofdstuk zijn de hoofdconclusies uit het onderzoek getrokken en deze zijn toegelicht. De hoofdconclusies van het onderzoek zijn:

- a. dat een procedureel kader voor de bestudering en toetsing van de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b kan worden geschetst, maar dat daarin spanningsvelden (blijven) bestaan;

- b. dat de drie procedures niet in alle opzichten passen bij het systeem en de aard van het insolventieprocesrecht;
 - c. dat genoemde spanningsvelden alsook het ontbreken van procedurevoorschriften in de jurisprudentie leiden tot uiteenlopende oplossingen en daarmee tot rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid;
 - d. dat de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b niet aan de eisen van behoorlijke rechtspleging voldoen;
 - e. dat door (overeenkomstige) toepassing van de bepalingen van titel 3 Rv wel waarborgt dat aan deze eisen van behoorlijke rechtspleging wordt voldaan.
- In aanvulling en ter toelichting hierop dient het volgende. Anders dan veel procedures in de Faillissementswet zijn de procedures van art. 287a en art. 287b contentieus van aard. Zij zien niet op een opening van een insolventieprocedure of afwikkeling van een dergelijke procedure. In dit onderzoek is geconcludeerd dat in de procedure van art. 287 lid 4 de betrokken schuldeiser door de rechter moet worden opgeroepen teneinde te worden gehoord op het 287 lid 4-verzoek, ook al is dit in de wet niet bepaald. Deze verplichting volgt uit het beginsel van hoor en wederhoor (neergelegd in art. 6 EVRM en art. 19 Rv). Dit betekent dat de drie procedures contentieus van aard zijn. Door de hoge snelheid waarmee procedures ingevolge de Faillissementswet worden gevoerd en het ontbreken van regels van bewijsrecht worden beslissingen op ‘de aannemelijkheid’ van feiten gebaseerd, zonder dat de schuldeiser voldoende in de gelegenheid wordt gesteld deze te controleren en eventueel te betwisten, althans te ontzenuwen. Dit knelt het meest in de 287a-procedures omdat daarin een beslissing kan worden genomen waarbij de rechten van schuldeisers definitief worden beperkt.

Voorts komt de (bewijs)positie van de schuldeiser in de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b in de verdrukking doordat in het schuldsaneringsrecht de belangen van de schuldenaar, zoals diens privacy, centraal staan. Dit werkt door in de wijze waarop (in het bijzonder) de procedure van art. 287a door insolventierechters wordt gevoerd. De insolventierechter verzuimt daarin (veelal) de schuldeiser volledig te informeren. De centrale positie van de schuldenaar in het schuldsaneringsrecht verklaart dat de wetgever bij de opstelling van art. 287 lid 4 een systeemfout heeft gemaakt, door niet te bepalen dat de schuldeiser tegen wie zich het verzoek richt, wordt opgeroepen.

Een belangrijke vaststelling van onderhavig onderzoek is dat de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b (in de praktijk) niet voldoen aan de eisen die aan een behoorlijke rechtspleging worden gesteld, omdat het beginsel van hoor en wederhoor (zeer geregeld) wordt geschonden. Naast het niet-oproepen van de belanghebbende in 287 lid 4-procedures, betreft dit het niet-verstrekken van alle bij de 287 lid 4-, 287a- en 287b-verzoeken behorende stukken aan de belanghebbende (de schuldeiser).

Het niet-naleven van het beginsel van hoor en wederhoor is mogelijk verklaarbaar uit de kenmerken van het insolventieprocesrecht, dat minder gericht is op het voeren van een contentieuze procedure. Het op gelijke wijze informeren en

horen van beide partijen in procedures lijkt daardoor in het insolventieprocesrecht minder goed ontwikkeld te zijn. Daar komt bij dat in het schuldsaneringsrecht de schuldenaar centraal staat. Daaruit vloeit een zekere terughoudendheid voort om de schuldeiser het volledige Wsnp-verzoek toe te zenden. Waar de schuldenaar van de schuldeiser verlangt dat hij een (groot) deel van zijn vordering prijsgeeft (art. 287a) of zijn executoriale titel niet ten uitvoer legt (art. 287 lid 4 en 287b), dient de schuldeiser zo volledig mogelijk te worden geïnformeerd over (de totstandkoming van) deze verzoeken. In de hoofdstukken 3, 4 en 5 zijn daartoe concrete aanbevelingen gedaan.

In hoofdstuk 6 zijn, bij wijze van samenvatting, de toepasbaarheid van de meest relevante bepalingen van titel 3 Rv op de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b besproken. De conclusie is dat de bepalingen van titel 3 Rv vanaf art. 270 vrijwel allemaal toepasbaar zijn.

In hoofdstuk 6 sluit af met aanbevelingen voor de toekomst, als art. 5 Wgs metterdaad van kracht wordt. Dit is naar verwachting in 2016. Ik ben allereerst nagegaan of art. 287 lid 4 en 287b zouden moeten worden samengevoegd, eventueel met art. 5 Wgs. In art. 5 Wgs is een algeheel moratorium (afkoelingsperiode genoemd) ten behoeve van het minnelijke traject opgenomen. Deze drie artikelen (art. 287 lid 4, 287b en 5 Wgs) zien alle op het treffen van voorzieningen ten behoeve van een schuldenaar met een problematische schuldenlast. Het bestaan van art. 287 lid 4 naast art. 287b is verwarrend zoals de praktijk laat zien. De conclusie die ik uit dit onderzoek heb getrokken is dat voor samenvoeging van art. 287 lid 4 met art. 287b geen grond of noodzaak bestaat. Beide bepalingen hebben een eigen, van elkaar te onderscheiden functie. Art. 287 lid 4 kan worden gezien als de schuldsaneringsrechtelijke pendant van art. 223 Rv (op grond waarvan voorlopige voorzieningen voor de duur van de dagvaardingsprocedure getroffen kunnen worden). De procedure van art. 287b is daarentegen een zelfstandige procedure, gericht op het treffen van voorzieningen ten behoeve van het minnelijke traject. Teneinde verwarring in de praktijk te voorkomen is het wel wenselijk in art. 287 lid 4 en 287b (beter) tot uitdrukking te brengen waartoe de te treffen voorzieningen dienen.

Een tweede overweging betreft de verhouding tussen art. 287b en de nog niet in werking getreden afkoelingsperiode van art. 5 Wgs. Op grond van art. 5 Wgs kan de rechtbank op verzoek van B&W een afkoelingsperiode afkondigen, waarin elke bevoegdheid van de schuldeiser tot verhaal op de goederen van de schuldenaar en tot opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden niet kan worden uitgeoefend, zulks voor een periode van maximaal zes maanden (art. 5 lid 1 Wgs). De conclusie is dat art. 5 Wgs het toepassingsgebied van art. 287b geheel overlapt en in verschillende opzichten erop lijkt: de afkoelingsperiode (art. 5 Wgs) en de voorzieningen (art. 287b) worden ingesteld respectievelijk gegeven teneinde een minnelijke schuldregeling mogelijk te maken; het nakomen van lopende verplichtingen speelt een rol en in beide gevallen duren de voorzieningen maximaal zes maanden. Er zijn echter ook verschillen. Het moratorium van art. 5 Wgs richt zich, anders dan dat bij art. 287b het geval is, tot elke schuldeiser van de schuldenaar. Ook

schuldeisers die nog niet tot beslaglegging zijn overgegaan worden erdoor getroffen. Daarnaast is afwijkend dat een 287b-verzoek door de schuldenaar zelf wordt gedaan, maar een verzoek ex art. 5 Wgs door B&W aanhangig wordt gemaakt.

Aan het naast elkaar bestaan van art. 287b en 5 Wgs is bij de behandeling van de Wet Gemeentelijke Schuldhulpverlening merkwaardig genoeg geen aandacht besteed. Gelet op de grote overeenkomsten tussen de in beide regelingen opgenomen moratoria is het naast elkaar bestaan niet wenselijk. Een drietal oplossingen is besproken.

Ten eerste zou art. 287b kunnen worden ingetrokken en als het ware worden vervangen door art. 5 Wgs. De voor- en nadelen van deze oplossing zijn niet geheel te overzien, omdat de algemene maatregel van bestuur waarin art. 5 lid 3 Wgs voorziet (en waarin met name de procedure wordt geregeld), (nog) niet is ingediend. Het voordeel van art. 5 Wgs is dat het een algemene en voor iedere schuldeiser geldende afkoelingsperiode betreft. Daartegenover staat dat algemene strekking van de afkoelingsperiode een obstakel voor de rechter vormt, omdat hij daardoor geen op maat gesneden voorziening kan treffen.

De tweede oplossing is dat art. 5 Wgs wordt ingetrokken en het toepassingsgebied van art. 287b wordt uitgebreid. Allereerst zou het, meen ik, mogelijk moeten worden loon- of uitkeringsbeslagen te schorsen. Daarnaast is het nuttig het toepassingsgebied van art. 287b tot beslaglegging op andere vermogensbestanddelen uit te breiden. Met uitbreiding van het toepassingsgebied van art. 287b blijft het, anders dan bij toepassing van art. 5 Wgs, mogelijk dat een andere schuldeiser naderhand beslag legt, waarna opnieuw een 287b-verzoek (nieuwe stijl) zou moeten worden ingediend. Dit kan als nadeel van deze tweede oplossing worden gezien. Het voordeel is echter dat de rechter maatwerk kan leveren door telkens de betrokken belangen af te wegen. Vanuit het oogpunt van bescherming van de rechten van de schuldeisers heeft de intrekking van art. 5 Wgs en de evenredige uitbreiding van het toepassingsgebied van art. 287b de voorkeur. Bovendien heeft deze tweede oplossing het voordeel dat wordt voortgebouwd op bestaande praktijk en ervaring. Deze oplossing versterkt bovendien de rol van de insolventierechter bij het geven van voorzieningen in de pre-insolventiefase.

De derde oplossing, ten slotte, is dat het brede moratorium van art. 5 Wgs wordt overgebracht naar art. 287b, hetgeen meebrengt dat het dan de schuldenaar zelf is die dit moratorium verzoekt.

Summary

Interim orders and coercion measures in debt restructuring law for natural persons

Chapter 1 Introduction

Subject of this PhD study are the petition procedures of article 287(4), article 287a and article 287b of the Dutch Bankruptcy Act (*Faillissementswet*). The Bankruptcy Act (BA) came into force in 1896; the petition procedures mentioned were introduced in 2008. These legal provisions are all three part of the scheme for debt restructuring for natural persons, named the *Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen*, or: *WSNP* included in the Bankruptcy Act a decade earlier, in 1998.

Article 287(4) BA introduces an interim order, enforceable immediately, in debt repayment law. The interim order of this provision concerns the period until a decision has been made on the request for admission to the statutory debt restructuring scheme (hereinafter: *Wsnp*-request). In these situations, a creditor proceeds to enforce a judgement or other executory title resulting in an emergency situation for the debtor, such as eviction from the business premises or accommodation rented by the debtor, (third party) attachment on the income of the debtor, and actual termination of the supply of gas, electricity or water. The provision of article 287(4) BA serves to avert the emergency for the debtor in order to enable him to make use of expected legal debt restructuring.

Article 287a BA makes it possible to request the court to force a creditor to cooperate with an extrajudicial debt repayment arrangement offered by the debtor. This will hereinafter be designated as enforced debt repayment arrangement. The idea is that an enforced debt repayment arrangement can avoid legal debt restructuring. The 287a-request is part of a *Wsnp*-request.

Article 287b BA concerns an interim order, as in article 287(4) BA. The interim order of article 287b BA serves to enable the debtor to come to an amicable settlement with his creditors. The interim order (also called: moratorium) can only be granted if there is a threatening situation as described in article 287b, namely a forced eviction from a residence, termination of the supply of gas, electricity or water, or termination or dissolution of a health insurance contract. A 287b-request must include a *Wsnp*-request, with the understanding that this *Wsnp*-request cannot yet be complete.

In this study, the central question is within which framework the limited petition procedures described in article 287(4), article 287a and article 287b BA must be seen. The procedures are set out in the Bankruptcy Act. The procedures in the Bankruptcy Act can be characterised as civil procedures. Title 3 of the *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, or: Code of Civil Procedure (further: Title 3 CCP) governs the petition process. However, article 362 of the Bankruptcy Act does not exclude the applicability of Title 3 CCP for proceedings under this act. Insolvency law is thus the only civil law jurisdiction with specifically regulated civil proceedings not regulated by the Code of Civil Procedure. The following study questions were formulated:

- a. Within which procedural context must the procedures of article 287(4), article 287a and article 287b BA be regarded?
- b. How are article 287(4), article 287a and article 287b BA applied in court, which procedural problems and ambiguities result from this, and what problems arise in relation to the outlined procedural framework?
- c. What can interim order procedures and other provisions of the Code of Civil Procedure contribute to the development and improvement of the procedures of article 287(4), article 287a and article 287b BA?
- d. To which proposals for improvement and adaptation of (the application of) article 287(4), article 287a and article 287b BA can this lead?

This study describes and analyses the lacunary framework of the procedures of article 287(4), article 287a BA and article 287b BA as part of the system of the insolvency procedure, and thus the existing Dutch civil procedure, as much as possible. Thus, not only the quality of the individual procedures is improved, but also the coordination with the Bankruptcy Act. The coherence of civil procedural law is also increased. The study was conducted on the basis of law, legal history, literature and jurisprudence. These sources have been collated and analysed in the light of the formulated research questions.

Chapter 2 Civil Procedure and insolvency litigation

Chapter 2 explores the area of civil procedure. The nature and functions of civil procedure are described.

A leading idea when thinking about modern procedural law is that procedural law, to promote a more efficient and rapid settlement of proceedings, forces parties to lay their cards on the table at the earliest possible moment. This so called preliminary phase is relevant to the procedures of articles 287(4), 287a and 287b BA. In this study, the main principle of civil procedural law, the principle of adversarial process, is analysed and the various aspects of this principle have been defined. Some procedures in the Code of Civil Procedure similar to the three studied articles have also been described. These include the summary proceedings (article 254 CCP) and the conditional claim pending main proceedings (article 223 CCP).

Insolvency litigation has also been studied and analysed. This procedure law belongs to the field of civil procedures but exhibits some deviating characteristics. The principle of adversarial process plays a subordinate role in insolvency

proceedings. With a reference to the Eurofood judgement of the Court of Justice of the European Communities (ECJ May 2, 2006, *NJ* 2010/93, *JOR* 2006/224), it has been concluded that the principle of adversarial process also applies in insolvency proceedings, and only - temporarily - is waived if the urgency of the case demands it.

The analysis of insolvency litigation has shown six special features: These are summarised as follows:

- a. it has rapid procedures with short deadlines and a closed system of legal remedies,
- b. there is not always a dispute between the parties, and the debtor has become the focus in debt restructuring law,
- c. the facts are not determined in a classical manner,
- d. the court often has an active approach with respect to raising those facts,
- e. the insolvency court also has non-judicial functions and powers,
- f. it touches on the field of public law / public interest, and
- g. the legislature has prescribed a course prior to the debt restructuring scheme, which affects the insolvency procedure.

It has been concluded that the provisions of the petitions process in Title 3 CCP (and thus the general provisions of article 19 CCP and onwards) are applicable to the procedures of articles 287(4), 287a and 287b, provided that the particular characteristics of the insolvency procedure can prevail.

The outlined procedural framework indicates the following.

First, the 'super' principle of adversarial process applies. This is the result of both article 6 ECHR and the applicable, or analogical, article 19 CPP. The urgency in a case may require that this principle (temporarily) is not applicable.

Secondly, the nature of the insolvency procedure for the three procedures means that there are emergency procedures with short deadlines (characteristic a), that the law of evidence is only applicable to a limited extent (characteristic c), that the court actively collects evidence (characteristic d), and that the mandatory preliminary procedure (the amicable process) plays an important role (feature g). Short deadlines and the limited role of evidence are also the result, with respect to articles 287(4) and 287b BA, of the nature of the procedures themselves. These are, after all, both interim order proceedings. In the similar procedure under article 254 CPP (lawsuit), there are generally tight deadlines and, generally, no application of rules of evidence. In the procedure of article 287a BA, the law of evidence should apply, in accordance with the (direct or by way of analogy) applicable article 284 CPP. The three procedures do not fit seamlessly into the system and the nature of insolvency litigation. The characteristics of insolvency litigation mentioned under b and d are irrelevant: there never is a dispute between the parties (i.e. contention), and the insolvency court does not act as regulator, but as arbiter. This is not completely clear in proceedings under article 287(4) BA, which is discussed in chapter 3. It seems in the public interest that social emergencies and urgent cases are prevented with articles 287(4) and 287b, that they can result in legal or amicable debt

restructuring, and that a forced debt repayment arrangement makes a statutory debt restructuring scheme unnecessary (characteristic f).

Thirdly, the provisions of title 3 CCP are the guideline for the three procedures of articles 287(4), 287a and 287b BA, subject to the foregoing.

Within this procedural framework, there are a number of tensions. First, the principle of adversarial process affects the urgent nature of the insolvency procedure and the three procedures. In addition, the plausibility judgement common in insolvency litigation is at odds with the application of rules of evidence under the applicable or analogical article 284 CCP. This tension only occurs in the procedure of article 287a BA, as there is already a plausibility judgement in the other two cases, as they concern interim order procedures. Finally, the active attitude of the insolvency court conflicts with the passivity of the courts laid down in article 24 CCP.

Chapter 3 Interim orders on the threshold of the debt restructuring scheme

Chapter 3 deals with article 287(4) BA. Under this provision, the court may take interim orders for the duration of the handling of the *Wsnp*-request in order to bridge the period between the submission of the request and the decision thereon.

Article 287(4) BA is more similar to article 223 CCP (the interim order pending main proceedings) than to the summary proceedings (article 254 CCP).

There are many different measures in practice. The common denominator is that the measures intend to limit the creditor in the exercise of its power to implement enforcement orders. The insolvency court therefore acts as an enforcement court. However, this court interprets 287(4)-requests different from the 'normal' enforcement court in summary proceedings. He suspends ongoing executions faster than the court in summary proceedings. This is understandable, as the measures are given in the context of an expected (probable) debt restructuring scheme.

Article 287(4) BA does not provide that the creditor whom the requested provision concerns must be heard by the court. This study, however, partly on the basis of the aforementioned Eurofood judgement of the Court of Justice, concludes that the judge is required to do so. If the creditor in question is called upon - which many courts do - then not all documents related to the 287(4)-request are sent to him. The judge rules on the request without the creditor having all the documents. This is a clear violation of the principle of adversarial process.

In chapter 3, the boundaries of the applicability are explored, which inter alia has shown that article 287(4) BA can fulfil a useful function for the period before a decision on a 287a-request, as waiting for a decision on a 287a-request could concern an emergency.

Finally, a number of recommendations to improve the article 287(4) BA procedure is made. The most important are:

a. It is recommended that the debtor will be required to contact the creditor (who causes an emergency for the debtor with executory measures) prior to the filing of a 287(4)-request.

b. Deciding on 287(4)-requests is about bringing together three different interests: (i) the requirement of urgency, (ii) whether admission to the debt restructuring scheme is likely, and (iii) the interests of the parties, namely the applicant's interest in the measure and the interest of the creditor in (continuing) the execution.

c. Case law regarding the urgency in claims under article 254 CCP teaches that a measure (ban) is not only possible in an infringement, but that it can also be given at any imminent infringement. It is equally important that the judge hearing interim orders is free to grant a less restrictive measure than is claimed. Other principles applicable to the handling of 287(4)-requests from summary proceedings case law are the consideration that the measure must focus on maintaining the condition until a decision is made in main proceedings, that such a measure does not do more than required, and that if the requested measure has irreversible consequences, this itself cannot constitute grounds to deem the measure unsuitable. It is advisable to apply these principles to article 287(4) BA; this can increase the effectiveness and importance of this provision.

d. Since the judge deciding on the 287(4)-request still to some extent needs to anticipate on the ruling of the *Wsnp*-request, it is preferable that another judge decides on this *Wsnp*-request. This could be regarded as a rule of conduct to be observed by the insolvency judge.

Chapter 4 Interim orders during the amicable process

Chapter 4 focusses on article 287b BA. The purpose of the measures (or: moratorium) of article 287b BA is to enable the applicant/debtor to reach an amicable settlement with his creditors and/or substantiate his faithfulness. Regarding the latter objective, there is nothing to be found in legislative history and case law.

There are no main proceedings, so that a comparison with the procedure of article 223 CCP or the 'ordinary' interim orders must be made with some reluctance.

The procedure of article 287b BA fits into the system and the nature of the insolvency procedure in the sense that it is an emergency procedure, and that the decision on the request cannot be appealed. The judge bases his decision on whether the relevant facts are sufficient.

The case law on article 287b BA seems to indicate that the courts grant the debtor a relatively strong interim order (moratorium), and that it is not significant whether the debtor can be admitted to the debt restructuring scheme. A 287b-request is generally handled in the very short term. There are no studies into the effect of article 287b BA. Therefore, it is not known whether a measure under article 287b BA encourages an amicable settlement between debtor and creditor.

In practice, debtors regularly turn to a debt assistance agency shortly before an announced home evacuation, and the agency in turn submits a 287b-request. The waiting lists that are overly common in the amicable process are thus circumvented. In this context, the question arose whether article 287b does apply if there is not an actual amicable process, and whether a 287b-request can be granted if a debtor submits such a request to a debt counsellor immediately after a first report. Case law is divided on this. I believe that a 287b-request can be granted without the amicable process having been started, provided that the indebtedness is becoming more stable. This stabilisation process is the period prior to amicable debt settlement in which income and expenses are matched.

Article 287b BA can be insufficient as seizure of wages and capital may make the amicable process even more difficult. In 2012, article 5 of the *Wet Gemeentelijke Schuldhulpverlening*, or: Municipal Debt Restructuring Act ('MDRA') included a comprehensive moratorium. This act has entered into force, but the indicated article 5 has not. The relation with article 5 MDRA is addressed in chapter 6.

It has been demonstrated that the creditor does not receive all the information when summoned to the hearing of the 287b-request. Most courts seem to only send the 287b-request, but even this is not always the case. This practice is a violation of the principle of adversarial process.

Partly on the basis of a comparison with Title 3 CCP, a number of recommendations to improve the process are made:

a. As in article 287(4) BA, it is recommended that the debtor first contacts the creditor in question before he submits a 287b-request.

b. The requirement in the current wording of article 287b BA that a complete *Wsnr*-request needs to be attached should be removed. It is sufficient that the need for the requested measure shows that the debtor is working on reaching a debt settlement with his creditors, or is preparing a debt settlement offer. The amicable process (the debt mediation) must be performed by an institution or person referred to in article 48(1) of the *Wet op het consumentenkrediet*, or: Consumer Credit Act (CCA). Debt mediation by others is prohibited, after all (article 47 CCA).

c. A measure for deciding on a 287b-request is not included in the Act. A starting point must be that the provisions set out in the Act are (by their nature) necessary to allow the applicant to reach agreement with his creditors in the amicable process, or - if necessary -, allow him to submit a 287a-request. It can also be assumed that the applicant intends to avoid debt restructuring, forced or otherwise (article 287a BA). The fulfilment of ongoing obligations must always be ensured. If there is sufficient evidence that the mentioned need or intention is missing, then the request is rejected. If these principles and conditions are met, only the important interests of creditors (in case of rejection of the request) can lead to rejection of the 287b-request.

d. The Act does not provide whether an implemented measure made pursuant to article 287b BA can be modified or withdrawn by the judge. For divorce proceedings, article 821(1) CCP provides that an interim order may also be requested if a measure has already been granted. This is only possible (i) if the

circumstances after the decision have changed to such a degree that; or (ii) when the decision was made based on incorrect data to such a degree that, taking all relevant interests into account, the measure cannot be maintained (article 824(1) CCP). I recommend to include such a provision in article 287b.

Chapter 5 Compulsory debt settlement

In chapter 5, the third provision introduced in 2008, that of article 287a BA, is discussed. This provision makes it possible to enforce a debt restructuring arrangement in court for creditor(s) who did not agree(s) with the debtor's offer for amicable debt settlement. The judge may do so if the creditor '... cannot reasonably refuse to agree to the debt settlement, considering the disproportion between the importance of exercising his power to refuse, and the interests of the debtor or other creditors who are harmed by that refusal.' This decision criterion of article 287a BA is derived from the abuse of power stated in article 3:13(2) DCC. The legislature has given various principles in the explanatory memorandum that are important in deciding on a 287a-request. This provides the criterion, as it were. From, the Payroll judgement of the Supreme Court (HR August 12, 2005, *LJN* AT7799, *NJ* 2006/230) it can be deduced that a creditor does not automatically abuses his power if he refuses an offer for amicable debt settlement.

Many insolvency judges have awarded requests to impose a compulsory scheme in cases in which this request could be rejected based on the Payroll judgement. This goodwill towards the debtor is in my opinion mainly explained by the fact that a complete *Wsnp*-request must be submitted with a 287a-request, and the debt restructuring scheme and the expected results provide a clear anchor point. This study concludes that there are objections to this flexible application of article 287a BA. One of the main objections is that the liabilities and assets cannot be studied systematically and thoroughly.

It is settled case law that the offer should be reviewed by an independent party. If an offer is made by a legal worker engaged by the debtor, then the principle of the requirement has not been met.

It has been demonstrated that the courts in summoning the refusing (non-consensual) creditor do not provide all information received from the debtor in the 287a-request, which violates the principle of adversarial process.

The limits of applicability have also been explored. My conclusion is that an article 287a-request must generally be rejected if admission to the debt restructuring scheme is not being considered.

Finally, several recommendations are made with respect to the 287a-procedure. The most important are:

- a. It is recommended that the assets and liabilities are always thoroughly investigated using a fixed method. This study provides a first outline for this. Some form of mail-blockade and structured inspection of the finances of the debtor are indispensable. Furthermore, public sources should be consulted in this

investigation, such as the *kadaster* (Land Registry) and the *Rijksdienst voor het Wegverkeer* (RDW) (Department of Road Transport).

b. In the requirement that a complete *Wsnp*-request must accompany the 287a-request and the prohibition on debt mediation by persons or entities that are not mentioned in the Consumer Credit Act (Article 47 j° 48(1) CCA), it is decided that the amicable process leading to the 287a-request must be performed by a person or institution indicated in article 48 paragraph 1 CCA.

c. This requirement does not affect the condition for an independent and expert investigation of the offer of amicable debt settlement. In this study, I have concluded that a lawyer of a debtor cannot be considered an independent third party. The lawyer of a debtor must, after all, defend his interests, and not those of the creditors. The assistance of a lawyer is however desirable otherwise. In such case, the offer could be checked by an independent third party, such as an expert accountant in this field or the Tax Authorities, particularly with regard to ex-entrepreneurs. If necessary, the insolvency court may appoint an expert. The basis for such an appointment can be found in an analogous application of article 194 j° 284 CCP. The costs of the expert, which should be charged to the applicant, will mean that this option will not often be used in.

d. When making a debt restructuring proposal to creditors, a complete overview of the property (assets) and liabilities needs to be provided. Furthermore, it should be explained how these assets and liabilities are determined. It must also be indicated how contingent liabilities have been realised. This matches the importance of the preliminary phase in both the insolvency and civil procedures. It also follows from the observation that the relationship between the parties shall be governed by reasonableness and fairness (article 6:2 and article 6:248 *Burgerlijk Wetboek* (BW) (Dutch Civil Code)).

e. The applicant has the duty to provide facts and evidence. This means that the disproportion indicated in article 287a(5) BA must be substantiated. This must be done according to the criteria of the explanatory memorandum of article 287a BA. The applicant must in any case on the basis of the first five viewpoints / criteria in the legislative history of article 287a BA indicate and substantiate that the settlement proposal was assessed by an independent expert, that the proposed settlement has been properly and reliably documented, that it is made sufficiently clear that the offer is the utmost of what he is financially capable, and that the alternative of bankruptcy or debt restructuring offers no options to the debtor or the (refusing) creditor.

f. The ordinary rules of evidence apply to the procedure of article 287a BA. This follows from the applicable, or correspondingly applicable, article 284 CCP. Applying the rules of evidence would only mean a longer procedure in a limited number of cases. The defence of the refusing creditor is often unrelated to the allegations of the applicant/debtor, but looks at the amount of the offer and the fact that insolvency proceedings offer more securities.

g. An order to pay for costs should, unlike article 287a(6) BA suggests, not always be automatic. They can first be given when the 287a-request is granted, the creditor is (actually) unsuccessful, and the proceedings were conducted by a proxy on behalf of the applicant, or if the applicant demonstrates to have suffered travel, accommodation and/or unpaid leave expenses. Based on case law, the conclusion is that a conviction for costs of the proxy is only valid if (the)

costs of the proxy are charged to the applicant. To answer the question whether the creditor is (actually) unsuccessful, it should be known what information is available to the creditor, both during the amicable process and the moment of being summoned to the hearing. If the request is (partly) awarded on the basis of information that was not known at that time, it cannot be said that the creditor is unsuccessful.

Chapter 6 Conclusions and recommendations

In the final chapter, I present the main conclusions of the study with a succinct commentary. The main conclusions of the study are:

- a. That a procedural framework for the study and review of the procedures of articles 287(4), 287a and 287b BA can be outlined, but that tensions (continue to) exist;
- b. That the three procedures do not in all respects apply to the system and the nature of the insolvency procedure;
- c. That said tensions and the lack of procedural rules in case law lead to different solutions and thus inequality and legal uncertainty;
- d. That the procedures of articles 287(4), 287a and 287b BA do not meet the requirements of due process of law;
- e. That (corresponding) application of the provisions of Title 3 CCP ensures compliance with these requirements of due process of law.

The following is in addition and illustration to my findings. Unlike many procedures in the Bankruptcy Act, the procedures of article 287a BA and article 287b BA are of a contentious nature. They do not concern an admission to insolvency proceedings or the handling of such proceedings. This study concludes that in the procedure of article 287(4) BA, the relevant creditor must be summoned to court in order to be heard on the 287(4)-request, although this is not specified in the Act. This requirement follows from the principle of adversarial process (enshrined in article 6 of the ECHR and article 19 CCP). This means that the three procedures are contentious in nature. Due to the high speed at which proceedings are carried out pursuant to the Bankruptcy Act and the absence of rules of evidence, decisions are made based on the 'plausibility' of facts, without giving the creditor enough opportunity to review and possibly contest, at least to disprove, these. This is the most worrisome in the 287a procedures, as decisions can be made that permanently limit the rights of creditors.

Furthermore, the (evidence) position of the creditor in the procedures of articles 287(4), 287a and 287b BA is restricted because the interests of the debtor, such as his privacy, are the focus in debt restructuring law. This is reflected in the way in which (in particular) the procedure of article 287a is handled by insolvency courts. The insolvency court often omits to completely inform the creditor in these. The central position of the debtor in debt restructuring law explains that the legislator created a systemic error in the drafting of article 287(4) BA, by failing to provide that the creditor to whom the request is directed is summoned.

An important conclusion of this study is that the procedures of articles 287(4), 287a and 287b BA (in practice) do not meet the requirements of due process of law, as the principle of adversarial process is (often) violated. Besides not summoning the interested party (the creditor) in 287(4) procedures, it concerns the failure to provide all documents related to the 287(4), 287a- and 287b-request to him.

Non-compliance with the principle of adversarial process may be explained by the characteristics of the insolvency procedure, which is less focused on the conduct of proceedings. Equally hearing and informing both parties in proceedings seems to be less developed in insolvency procedures. Moreover, the debtor has a central position in debt restructuring proceedings. There is a certain reluctance to send the creditor the full *Wsnp*-request. If the debtor requires the creditor to reveal a (large) part of his claim (article 287a BA), or to not implement his executory title (articles 287(4) and 287b BA), the creditor must be informed as fully as possible about (the establishment of) these requests. Specific recommendations to this end are made in chapters 3, 4 and 5.

Chapter 6, by way of summary, discusses the applicability of the most relevant provisions of Title 3 of the Code of Civil Procedure with respect to articles 287(4), 287a and 287b BA. The conclusion is that almost all provisions of Title 3 CCP from article 270 onwards are applicable.

Chapter 6 concludes with recommendations, when article 5 MDRA actually takes effect. This is expected to be in 2016. I first checked if articles 287(4) BA and 287b BA should be merged, possibly with article 5 MDRA. Article 5 MDRA includes a universal moratorium (called a cooling off period) for the benefit of the amicable process. These three articles (articles 287(4) BA, 287b BA and 5 MDRA) all concern measures for the benefit of a debtor with a problematic debt. The existence of article 287(4) BA in addition to article 287b BA is confusing, as practice shows. The conclusion from this study is that no reason or necessity exists for merging article 287(4) BA with article 287b BA. Both provisions have an own, distinguishable, function. Article 287(4) BA can be regarded as the counterpart of the debt restructuring scheme of article 223 CCP (under which interim orders can be implemented for the duration of the summons procedure). The procedure of article 287b BA on other hand, is an independent procedure aimed at implementing measures for the benefit of the amicable process. In order to avoid confusion, it is desirable to (better) express the goals of these measures in article 287(4) and 287b BA.

A second consideration concerns the relationship between article 287b BA and the not yet entered into force cooling off period of article 5 MDRA. Pursuant to article 5 MDRA, the court can implement a cooling off period at the request of *Burgemeester en Wethouders* (B&W) (Executive Municipal Administration), during which any power of the creditor to recover and claim assets in the possession from the debtor cannot be exercised, such for a period up to six months (article 5(1) MDRA). The conclusion is that article 5 MDRA completely overlaps the applicability of article 287b BA and is similar in many respects: the

cooling off period (article 5 MDRA) and the measures (article 287b BA) are respectively implemented in order to allow for amicable debt settlement; meeting current obligations plays a role in both cases, and both measures can only last up to six months. However, there are also differences. The moratorium of article 5 MDRA focuses, unlike that in article 287b BA is, on all creditors of the debtor. Creditors who have not yet proceeded to levy attachment are also affected. In addition, a 287b-request is made by the debtor himself, but a request under article 5 MDRA is submitted by B&W.

The coexistence of article 287b BA and 5 MDRA has curiously not been considered when discussing the Municipal Debt Restructuring Act. Given the similarities between the moratoria included the two schemes, a coexistence is not desirable. Three solutions have been discussed.

First, article 287b BA could be withdrawn and replaced by article 5 MDRA, if it were. The advantages and disadvantages of this solution cannot be completely overseen, as the general order in council provided by article 5(3) MDRA (which particularly regulates the procedure), has not (yet) been submitted. The advantage of article 5 MDRA is that it is a general cooling off period effective for all creditors. The general cooling off period can however be an obstacle to the court, because it prevents it from implementing customised measures.

The second solution is that article 5 MDRA is withdrawn and the applicability of article 287b BA is extended. First, it must become possible to postpone attachment of earnings or benefits, in my opinion. In addition, it is useful to extend the applicability of article 287b BA to attachment of other assets. By expanding the applicability of article 287b BA, it remains possible that another creditor levies later attachment, after which a new 287b-request (new style) must be submitted, which is not the case when applying article 5 MDRA. This can be seen as a drawback of this second solution. The advantage is that the court can implement customised measures by weighing each of the interests at stake. From the perspective of protecting the rights of creditors, withdrawing article 5 MDRA and the proportional expansion of the applicability of article 287b BA is preferred. Moreover, this second solution has the advantage of building on existing practice and experience. This solution also enhances the role of the insolvency court in implementing measures in the pre-insolvency stage.

The third solution, finally, is that the broad moratorium of article 5 MDRA is transferred to article 287b BA, which means that the debtor himself requests this moratorium.

I | Verkort aangehaalde literatuur

Van der Aa, diss. 2007

M.J. van der Aa, *De afkoelingsperiode in faillissement* (diss. Groningen), Groningen 2007

Van Apeldoorn, diss. 2009

J.C. van Apeldoorn, *Insolventieprocedures en grondrechten* (diss. Tilburg 2009), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009

Asser, Groen & Vranken 2003

W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, m.m.v. Tzankova, *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003

Asser, Groen & Vranken 2006

W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Uitgebalanceerd, Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006

Van Boneval Faure 1893

R. van Boneval Faure, *Het Nederlandsche burgerlijk procesrecht (deel I)*, Leiden: Brill 1893

Blaauw 2002

J.H. Blaauw, *Het kort geding*, A. Algemeen deel, Deventer: Kluwer 2002

Boudewijn 2008

J.J.L. Boudewijn, 'Wijzigingen in de WSNP bij Woninghuur', *Praktisch Procederen* 2008-5, p.112 e.v

De Bock, diss. 2011

R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid. Over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (diss. Tilburg, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 11), Deventer: Kluwer 2011

Cleveringa 1972

R.P. Cleveringa, *Mr. W. van Rossem's verklaring van het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, (2 delen), 4e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1972

Crommelin, diss. 2007

R.W.J. Crommelin, *Het aanvullen van de rechtsgronden: de betekenis van art. 8:69 Awb in het licht van art. 48 (oud) Rv* (diss. Leiden), Alphen aan de Rijn: Kluwer 2007

Van Dam-Lely 2012

J.H. van Dam-Lely, 'De voorlopige voorziening hangende de bodemprocedure. De reikwijdte van art. 223 Rv', TCR 2012, 3 p. 83 e.v.

Den Besten 2007

M. Den Besten, 'Samenloop van voorlopige voorzieningen in het burgerlijk procesrecht', in: I.S.J. Houben e.a. (red.), *Samenloop*, BW-Krant Jaarboek 23 (2007), Deventer: Kluwer 2007

Dethmers 2005

H.H. Dethmers, *Van schuldsanering tot schone lei. Een praktische beschrijving van het wettelijk traject*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2005

Engberts 2014

Berend Engberts, 'De voorlopige voorzieningen en dwangregeling in de schuldsaneringspraktijk', WP 2014/01, p. 19 e.v.

Van der Feltz I 1897

G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance van betaling*, bewerkt door G.W. baron van der Feltz, deel II (1897); heruitgave bewerkt door S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, Serie Onderneming en Recht; deel 2-1, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994

Van der Feltz II 1897

G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance van betaling*, bewerkt door G.W. baron van der Feltz, deel II (1897); heruitgave bewerkt door S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, Serie Onderneming en Recht; deel 2-II, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994

Groot 2011

E.F. Groot, *Insolventierecht* (Studiereeks Burgerlijk Procesrecht), Deventer: Kluwer 2011

De Groot, diss. 2008

G. de Groot, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (diss. Amsterdam VU, Serie Recht en Praktijk nr. 165), Deventer: Kluwer 2008

De Groot 2012

G. de Groot, *Waarheidsvinding in het civiele (proces)recht* (preadvies Nederlandse Juristen Vereniging 2012), Deventer: Kluwer 2012, p. 45-154

GS Burgerlijke Rechtsvordering

P. Vlas, T.F.E. Tjong Tjin Tai e.a. (red.), *Burgerlijke rechtsvordering* (losbl.), Deventer: Kluwer

GS Faillissementswet

A.J. Verdaas e.a. (red.), *Faillissementswet* (losbl. vanaf 1973), Deventer: Kluwer

W.H.B. den Hartog Jager 2014

W.H.B. den Hartog Jager, *(Echt)scheidingsprocesrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014

Van der Heiden 1997

A.J.J. van der Heiden, 'Buitengerechtelijk dwangakkoord een vrijwillig faillissement', *Prg.* 1997, p. 651 e.v.

Van der Heiden 2001

A.J.J. van der Heiden, 'Het buitengerechtelijk dwangakkoord', *TvS* 2001/4, p. 6 e.v.

Van der Heijden 2008

A.J.J. van der Heiden, 'De curator en het onderhands akkoord', in: M.A.L.M. Willems e.a. (red.), *De Afwikkeling van het faillissement* (Serie Praktijkboek Insolventierecht deel 9), Deventer: Kluwer 2008

Hoekstra 2011

O. Hoekstra, 'Deurwaarder kan rol in schuldhulpverleningstraject vervullen', *TvS* 2011/8, p. 20. Dit betreft een interview met C. Maathuis, directeur van NDA Incasso.

Hugenholtz/Heemskerk 2012

W. Hugenholtz, bewerkt door W.H. Heemskerk, *Hoofdpijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Dordrecht: Convoy 2012

Ingelse 2004

P. Ingelse, 'Herbezinning op de partijautonomie', in: P. Ingelse (red.), *Commentaren op fundamentele herbezinning*, Prinsengrachtreeks 2004/1, Nijmegen: Ars Aequi 2004, p. 43-67

Jungmann, diss. 2006

N. Jungmann, *De Wsnp: bedoelde en onbedoelde effecten op het minnelijke traject* (diss. Leiden 2006), University Press 2006

Jungmann e.a. 2012

N. Jungmann e.a., *Paritas Passé, Debiteuren en crediteuren in de knel door ongelijke incassobevoegdheden*, Sdu Uitgevers 2012

Jungmann & Kruis 2014

N. Jungmann en G. Kruis, *Het verhaal achter de cijfers. De doorstroming van de minnelijke schuldhulpverlening naar de wettelijke schuldsanering*, (onderzoeksrapport in opdracht van de NVVK) Amsterdam 2014

Knigge, diss. 1998

A. Knigge, *Effectieve toegang tot het civiele geding* (diss. Groningen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998

Köhne, diss. 2000

F.M. Köhne, *Coördinatie van rechtspraak* (diss. Tilburg 2000), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000

Korthals Altes 1985

E. Korthals Altes, 'Belangenafweging en doelmatigheidsafwegingen in kort geding', in: *Kort geding en toetsing*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1985

Kortmann & Faber 2007

S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet. Voorontwerp Insolventiewet*, Serie Onderneming en Recht deel 2-IV, Kluwer: Deventer 2007

Lewin 2011

G.C.C. Lewin, 'Ambtshalve toepassing van rechtsregels', *TCR* 2011, p. 12-19

Lindijer, diss. 2006

V.C.A. Lindijer, *De goede procesorde* (diss. Groningen, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk IV), Deventer: Kluwer 2006

Van Mierlo 1998

A.I.M. van Mierlo, *Rolrecht in Nederland*, Deventer: Gouda Quint 1998

Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart

A.I.M. van Mierlo m.m.v. F.M. Bart, Parlementaire geschiedenis herziening van het burgerlijk procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg. 'Wetsvoorstel 26 855 en gedeelten uit de wetsvoorstellen 27 748 (uitvoeringswet EG-betekenningsverordening), 27 824 (Aanpassingswetgeving). Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien', Deventer: Kluwer 2002

Molengraaff 1898

W.P.L.A. Molengraaff, *De Faillissementswet verklaard*, 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1898

Monitor Wsnp, Vijfde meting 2009

M. von Bergh, V. Lalta & R. Vriesendorp, *Monitor Wsnp. Vijfde Meting*, Tilburg IVA/UVT 2009

Monitor Wsnp, Achtste meting 2012

L. Combrink-Kuiters, S.L. Peters en B. Nauta & M. Vlemmings, *Monitor Wsnp. Achtste meting over het jaar 2011*, Utrecht/Den Haag 2012

Monitor Wsnp, Negende meting 2013

L. Combrink-Kuiters, S.L. Peters en M. Vlemmings, *Monitor Wsnp. Negende meting over het jaar 2012*, Utrecht/Den Haag 2013

Monitor Wsnp, Tiende meting 2014

L. Combrink-Kuiters, S.L. Peters en M. Vlemmings, *Monitor Wsnp. Negende meting over het jaar 2012*, Utrecht/Den Haag 2014

Noordam, diss. 2007

A.J. Noordam, *Schuldsanering en goede trouw* (diss. VU Amsterdam 2007)

Noordam 2008

A.J. Noordam, *Wsnp en goede trouw* (Serie Recht & Praktijk nr. 160), Deventer: Kluwer 2008

Noordam 2013

A.J. Noordam in SDU Commentaar, een artikelsgewijs commentaar op de Faillissementswet en andere wetten, redactieraad M.J. Kroeze, G.T.M.J. Raaijmakers en B. Wessels, Den Haag: SDU 2013

Noordam e.a. 2013

A.J. Noordam (red.), *Schuldsanering (ex-)ondernemers* (Serie Recht en Praktijk Insolventierecht deel 5), Deventer: Kluwer 2013

Poelman 2011

M.G.A. Poelman, 'Het breed wettelijk moratorium', *TvS* 2011/3, p. 4 e.v.

Polak 2014

N.J. Polak, *Faillissementsrecht*, 13^e druk, bewerkt door M. Pannevis, Deventer: Kluwer 2014

Polak-Wessels IX 1999

B. Wessels, *Insolventierecht. Deel IX. Schuldsaneringsregeling natuurlijke personen*, Deventer: Kluwer 1999

Van Rhee 2004

C.H. van Rhee, 'Het Interim-rapport in historisch perspectief', in: P. Ingelse (ed.), *Commentaren op fundamentele herbezinning* (Prinsengrachtreeks 2004/1, Gerechtshof Amsterdam), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, p. 99-135

Rodenburg 1985

P. Rodenburg, *Misbruik van bevoegdheid* (Mon. Nieuw BW A-4), Deventer: Kluwer 1985

Salomons 2008

F. Salomons, 'Schuldsanering voor natuurlijke personen in Nederland' (pre-advies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008

Van Schaick 2009

A.C. van Schaick, Het burgerlijk recht de baas? Over de verwevenheid van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht (oratie Tilburg), Deventer: Kluwer 2009.

Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011

A.C. van Schaick, *Eerste aanleg* (Asser Serie Procesrecht 2), Deventer: Kluwer 2011

Von Schmidt auf Altenstadt 2003

P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, 'Spel der Voorzieningen', TCR 2003, p. 37 e.v.

Smits 2008

P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008

Snijders, Klaassen en Meijer 2011

H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen en G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011

Soedira, diss. 2011

A.D.W. Soedira, *Het akkoord* (diss. RU Nijmegen 2011, Serie Onderneming en Recht deel 60), Deventer: Kluwer 2011

Star Busmann/Rutten & Ariëns 1972

C.W. Star Busmann/ L.E.H. Rutten & W.H. Ariëns, *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, Haarlem: Erven F. Bohn 1972

Stein/Rueb 2013

A.S. Rueb, *Compendium Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2013

(T&C)

Tekst & Commentaar. De tekst van de wetboeken en andere belangrijke wetgeving, voorzien van commentaar. J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk (redactieraad). Aangehaald met 'auteursnaam', 'jaar van publicatie' en verkorte aanduiding van de desbetreffende band in de serie T&C

(T&C In),

Zie bij (T&C). In deze serie is het deel Insolventierecht, 2014, 9e druk, verschenen onder redactie van M. Ph. van Sint Truiden en F.M.J. Verstijlen, Deventer: Kluwer 2014

(T&C Rv)

Zie bij (T&C). In deze serie is het deel Burgerlijke Rechtsvordering, 2014, 6e druk, verschenen onder redactie van A.I.M. van Mierlo en C.J.J.C. van Nispen, Deventer: Kluwer 2014 De 5^e druk verscheen in 2012 onder redactie van A.I.M. van Mierlo, C.J.J.C. van Nispen en M.V. Polak, Deventer: Kluwer 2012.

(T&C Awb)

Zie bij (T&C). In deze serie is het deel Algemene wet bestuursrecht, 2013, 8^e druk verschenen onder redactie van P.J.J. van Buuren en T.C. Borman, Deventer: Kluwer 2013.

Teuben, diss. 2004

K. Teuben, *Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (diss. Leiden 2004), Deventer: Kluwer 2004.

Verschoof 1998

R.J. Verschoof, *Schuldsaneringsregeling voor natuurlijke personen*, Amsterdam: Nederlands Instituut voor het Bank- en effectenbedrijf 1998.

Vriesendorp 2013

R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht deel nr. 8), Deventer: Kluwer 2013

De Waard, diss. 1987

B.W.N. de Waard, *Beginnelsen van behoorlijke rechtspleging met name in het administratief procesrecht* (diss. Utrecht 1987), Zwolle: Tjeenk Willink 1987

Wesseling-van Gent, diss. 1987

E.M. Wesseling-van Gent, *Het civiele geding in de toekomst. Beschouwingen over aanpassing en vernieuwing van de regels van het burgerlijk proces in eerste aanleg naar aanleiding van de integratie van kantongerecht en rechtbank* (diss. Groningen 1987), Arnhem: Gouda Quint 1987.

Wessels 1999

Wessels, 'Dwangdeelname aan een onderhands akkoord', *Ondernemingsrecht* 1999/14

Wessels 2009

B. Wessels, 'Het horen van getuigen in het insolventierecht', in: B. Wessels, *Insolventierechtelijke incidenten*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009, pp. 53-60.

Wessels Insolventierecht I 2012

B. Wessels, *Insolventierecht deel I. Faillietverklaring*, 3^e druk, Deventer: Kluwer 2012

Wessels Insolventierecht II (1) 2012

B. Wessels, *Insolventierecht deel II. Gevolgen van Faillietverklaring (1)*, 3^e druk, Deventer: Kluwer 2010

Wessels Insolventierecht III 2013

B. Wessels, *Insolventierecht deel III. Gevolgen van Faillietverklaring (2)*, 4^e druk, Deventer: Kluwer 2010

Wessels Insolventierecht VI 2013

B. Wessels, *Insolventierecht deel VI. Het akkoord*, 4^e druk, Deventer: Kluwer 2013

Wessels Insolventierecht IX 2012

B. Wessels, *Insolventierecht deel IX. Schuldsaneringsregeling natuurlijke personen*, 3^e druk, Deventer: Kluwer 2012

Van der Wiel, diss. 2004

B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen* (diss. Leiden 2004), Deventer: Kluwer 2004.

Van der Winkel & Marsman 2011

A.R. van der Winkel en J.M. Marsman, *Schuldsanering natuurlijke personen* (Serie Praktijkboek Insolventierecht deel 9), Deventer: Kluwer 2011

Ynzonides, diss. 1996

M. Ynzonides, *Verstek en verzet* (diss. Rotterdam 1996), Deventer: Gouda Quint 1996

Zonderland 1971

P. Zonderland, *Het kort geding in het bijzonder tegen de overheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1972

II | Lijst van gebruikte afkortingen

AA	Ars Aequi
Aant.	Aantekening
AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
AG	advocaat-generaal
art.	artikel
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BB	Belastingblad
B&W	burgemeester en wethouders
BNB	Beslissingen Nederlandse Belastingrechtspraak
BV	besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BW	Burgerlijk Wetboek
CJIB	Centraal Justitieel Incasso Bureau
CRvB	Centrale Raad van Beroep
c.s.	cum suis
d.d.	de dato
diss.	dissertatie
€	Euro
e.a.	en anderen
ECLI	European Case Law Identifier
e.d.	en dergelijke
e.v.	en verder
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EK	Eerste Kamer
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele vrijheden
Fw	Faillissementswet
Hof	gerechtshof
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
i.c.	in casu
Insolad	Vereniging Insolventierecht Advocaten
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten
JBPr	Jurisprudentie Burgerlijk Procesrecht
j°	juncto
JOR	Jurisprudentie Ondernemingsrecht
Kamerstukken I	Kamerstukken van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Kamerstukken II	Kamerstukken van de Tweede Kamer der Staten-Generaal
KG	Kort Geding
KvG	Kamer voor Gerechtsdeurwaarders
Ktr.	Kantonrechter
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
m.m.v.	met medewerking van
m.nt.	met noot
minister	de Minister van (Veiligheid en) Justitie
MvT	memorie van toelichting
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NL	Nederland
nr.	nummer
nt.	Noot (annotatie, aantekening)
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NVVK	Nederlandse Vereniging voor Volkskrediet
o.m.	onder meer
p.	pagina
par.	paragraaf
Parl. Gesch.	Parlementaire Geschiedenis
PP	Praktisch Procederen
Prg.	Praktijkgids
Rb.	Rechtbank
Recofa	Landelijk overleg rechters-commissarissen in insolventies
red.	redactie
r.o.	rechtsoverweging
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
Stb.	Staatsblad
Stert.	Staatscourant
SVB	Sociale Verzekeringsbank
TCR	Tijdschrift voor Civiel Rechtspleging
TvPP	Tijdschrift voor Procespraktijk
TK	Tweede Kamer der Staten-Generaal
Trema	Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht
TvI	Tijdschrift voor Insolventierecht
TvS	Tijdschrift voor Schuldhulpverlening en Wettelijke Schuldsanering
UWV	Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen
vgl.	vergelijk
VN	Vakstudie Nieuws
vtlb	vrij te laten bedrag
WAHV	Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften
Wck	Wet op het consumentenkrediet
WP	Wsnp Periodiek
WPNR	Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie

WSNP	Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen
WR	Woonrecht
WW	Werkloosheidswet
www	Word Wide Web
Zw	Ziektewet

III | Rechtspraakregister

(Verwezen wordt naar de paragrafen waarin de uitspraak – in tekst of voetnoot – aangehaald wordt.)

Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM)

EHRM 24 mei 1989, <i>NJ</i> 1990/627, m.nt. P. van Dijk	2.4.5
EHRM 22 mei 1990, <i>NJ</i> 1991/739 en 740, m.nt. E.A. Alkema	2.3.2, 3.4.3.2
EHRM 27 oktober 1993, <i>NJ</i> 1994/534, m.nt. E.J. Dommering en H.J. Snijders	2.3.2
EHRM 23 oktober 1996, <i>LJN</i> AD2631, <i>NJ</i> 1998/343	2.3.2
EHRM 18 februari 1997, <i>LJN</i> AD2686, <i>NJ</i> 1997/590	2.3.2
EHRM 18 maart 1997, <i>NJ</i> 1998/278, m.nt. H.J. Snijders	2.3.2
EHRM 19 mei 2005, <i>LJN</i> AT9129, <i>NJ</i> 2006/14	2.3.2
EHRM 15 februari 2007, <i>NJ</i> 2007/536, m.nt. E.A. Alkema	2.4.5
EHRM 15 oktober 2009, 17056/06 (MICALLEF v. MALTA)	3.5.2
EHRM 17 mei 2011, <i>LJN</i> BW5583, <i>NJ</i> 2012/307, m.nt. Van Kempen	3.4.3.3
EHRM 26 juli 2011, 58222/09 (Juricic/Kroatië)	2.3.2

Hof van Justitie EG

HvJ EG 2 mei 2006, <i>NJ</i> 2010/93, m.nt. P. Vlas, <i>JOR</i> 2006/224, m.nt. P.M. Veder, <i>AA</i> 2006, 907, m.nt. R.D. Vriesendorp	2.5.9, 6.3.3
HvJ EG 14 februari 2008, <i>NJ</i> 2008/271, m.nt. M.R. Mok	4.4.2.2

Nederland, Hoge Raad

HR 14 juni 1912, <i>W</i> 9361	2.5.5
HR 30 januari 1920, <i>NJ</i> 1920/232	5.2.2
HR 4 maart 1938, <i>NJ</i> 1938/948	2.4.3.2, 3.6, 3.6.10
HR 29 januari 1943, <i>NJ</i> 1943/198	2.4.3.2, 3.5.2
HR 8 februari 1946, <i>NJ</i> 1946/166	2.4.3.2, 3.6
HR 14 februari 1946, <i>NJ</i> 1947/155	2.4.3.2, 3.6, 3.6.10
HR 12 februari 1947, <i>NJ</i> 1947/157, m.nt. E.M. Meijers	2.4.3.2, 3.6
HR 5 december 1952, <i>NJ</i> 1953/767	2.4.3.2, 3.5.2
HR 15 april 1955, <i>NJ</i> 1955/542	1.1
HR 17 november 1967, <i>NJ</i> 1968/178, m.nt. D.J. Veegens	2.3.2
HR 2 februari 1968, <i>NJ</i> 1968/62	2.4.3.1, 3.5.2
HR 17 januari 1969, <i>NJ</i> 1969/112	5.4.6.2
HR 2 april 1976, <i>NJ</i> 1977/361	2.4.3.2
HR 21 april 1978, <i>NJ</i> 1979/194, m.nt. W.H. Heemskerk.	2.4.3.2
HR 26 juni 1981, <i>NJ</i> 1982/450, m.nt. J.M.M. Maeijer en E.A. Alkema	2.5.9
HR 22 januari 1982, <i>NJ</i> 1982/505, m.nt. W.H. Heemskerk	2.4.3.2
HR 29 oktober 1982, <i>NJ</i> 1983/196, m.nt. B. Wachter	2.5.5

HR 28 januari 1983, <i>NJ</i> 1983/465, m.nt. B. Wachter	3.3, 6.3.4.1
HR 22 april 1983, <i>NJ</i> 1984/145, m.nt. W.H. Heemskerk	2.4.4, 3.5.3, 3.10.2, 3.11.4, 4.10.2
HR 9 december 1983, <i>NJ</i> 1984/385, m.nt. W.H. Heemskerk	2.5.3.1, 2.5.5
HR 9 december 1983, <i>NJ</i> 1984/384, m.nt. W.H. Heemskerk	2.5.5
HR 10 augustus 1984, <i>NJ</i> 1985/70 en 69, m.nt. W.C.L. van der Grinten	2.5.3.2
HR 29 maart 1985, <i>NJ</i> 1986/242, m.nt. W.H. Heemskerk en L. Wichers Hoeth	4.8, 6.3.4.9
HR 18 september 1987, <i>NJ</i> 1988/112	2.4.3.1, 3.5.2
HR 26 februari 1988, <i>NJ</i> 1989/2, m.nt. W.H. Heemskerk	2.3.1, 2.3.2
HR 20 mei 1988, <i>NJ</i> 1989/676, m.nt. J.M.M. Maeijer en E.A. Alkema	2.5.9
HR 22 juli 1988, <i>NJ</i> 1988/912	1.1
HR 2 oktober 1998, <i>NJ</i> 1999/682, m.nt. J.B.M. Vranken	3.5.2
HR 24 februari 1989, <i>NJ</i> 1989/551	2.4.4, 3.6.12, 3.11.4
HR 12 mei 1989, <i>NJ</i> 1989/647	2.3.2, 4.4.2.2, 4.11.3
HR 30 juni 1989, <i>NJ</i> 1990/382, m.nt. J.B.M. Vranken	2.4.5
HR 19 januari 1990, <i>NJ</i> 1991/213, m.nt. E.A. Alkema	2.5.9
HR 29 juni 1990, <i>NJ</i> 1990/732	2.3.2
HR 20 september 1991, <i>NJ</i> 1992/552, m.nt. J.B.M. Vranken	5.4.1.1, 5.11.5
HR 25 oktober 1991, <i>NJ</i> 1992/149, m.nt. J.M.M. Maeijer	1.3.1
HR 13 maart 1992, <i>NJ</i> 1993/96, m.nt. H.J. Snijders	2.5.3.1
HR 24 april 1992, <i>NJ</i> 1992/477	4.4.2.1
HR 30 oktober 1992, <i>NJ</i> 1993/4	2.4.4, 3.11.4
HR 12 februari 1993, <i>NJ</i> 1993/596	2.3.2
HR 2 april 1993, <i>NJ</i> 1994/650, m.nt. J.C. Schultsz	2.4.3.1, 3.5.2
HR 1 juni 1993, <i>NJ</i> 1994/52	2.3.2, 3.4.3.2
HR 4 juni 1993, <i>NJ</i> 1993/659, m.nt. D.W.F. Verkade	2.4.3.1
HR 1 juli 1993, <i>NJ</i> 1993/670	3.3
HR 29 oktober 1993, <i>NJ</i> 1994/107	2.4.3.2, 3.6, 3.6.4
HR 24 december 1993, <i>NJ</i> 1994/194	2.3.2
HR 28 januari 1994, <i>NJ</i> 1994/687, m.nt. J.E. de Boer	3.4.2.1, 4.4.1
HR 11 februari 1994, <i>NJ</i> 1994/336	2.5.2
HR 11 februari 1994, <i>NJ</i> 1994/651, m.nt. H.J. Snijders	2.4.3.2, 3.6
HR 18 februari 1994, <i>NJ</i> 1994/742, m.nt. H.J. Snijders	2.3.2
HR 4 november 1994, <i>NJ</i> 1995/98	2.4.2.1
HR 13 januari 1995, <i>NJ</i> 1995/370	2.4.2.2, 6.3.4.7
HR 20 januari 1995, <i>NJ</i> 1995/413, m.nt. H.E. Ras	2.4.4
HR 24 februari 1995, <i>NJ</i> 1996/472, m.nt. W.M. Kleijn (Sigmacom II)	2.5.8
HR 15 december 1995, <i>NJ</i> 1996/509, m.nt. D.W.F. Verkade	2.4.3.1
HR 23 februari 1996, <i>NJ</i> 1996/434	2.4.4, 3.6.4
HR 15 maart 1996, <i>NJ</i> 1997/341, m.nt. H.J. Snijders	2.3.2
HR 9 april 1996, <i>NJ</i> 1996/727, m.nt. W.M. Kleijn (Maclou)	2.5.8
HR 10 mei 1996, <i>NJ</i> 1996/536	4.4.2.1
HR 20 november 1996, <i>NJ</i> 1997/288, m.nt. P.C.E. van Wijmen	2.3.2
HR 22 november 1996, <i>NJ</i> 1997/204	2.3.2
HR 22 november 1996, <i>NJ</i> 1997/205, m.nt. P.A. Stein	2.3.2
HR 21 februari 1997, <i>NJ</i> 1994/4, m.nt. H.J. Snijders	2.3.2

HR 27 juni 1997, <i>NJ</i> 1998/328, m.nt. H.J. Snijders	2.4.2.1
HR 24 oktober 1997, <i>NJ</i> 1998/68	2.4.2.3, 2.5.3.1, 3.4.4, 3.11.7, 4.4.4, 4.11.8
HR 14 november 1997, <i>NJ</i> 1998/113	2.4.5, 3.4.2.2, 3.5.2, 3.5.3
HR 2 oktober 1998, <i>NJ</i> 1999/682	2.4.3.2
HR 13 november 1998, <i>NJ</i> 1999/173	2.3.1
HR 15 januari 1999, <i>NJ</i> 1999/665, m.nt. D.W.F. Verkade (Procter & Gamble/Kimberly Clark)	2.4.3.1, 3.5.2
HR 12 maart 1999, <i>NJ</i> 1999/400	2.5.9
HR 21 mei 1999, <i>NJ</i> 1999/507, <i>JOR</i> 1999/213, m.nt. A.D.W. Soedira	5.4.1.1, 5.9.1
HR 28 mei 1999, <i>NJ</i> 2000/220, m.nt. J.B.M. Vranken	2.4.2.2
HR 12 november 1999, <i>LJN</i> AA3364, <i>NJ</i> 2000/52, m.nt. P. van Schilfgaarde	2.5.9
HR 11 februari 2000, <i>NJ</i> 2000/239	2.4.2.3, 3.4.4, 3.11.7, 4.4.4, 4.11.8
HR 14 april 2000, <i>NJ</i> 2000/489, m.nt. D.W.F. Verkade	2.4.3.2
HR 12 mei 2000, <i>LJN</i> AA5776, <i>NJ</i> 2000/567 m.nt. P. van Schilfgaarde	2.5.8
HR 26 mei 2000, <i>NJ</i> 2001/388, m.nt. H.J. Snijders	2.4.4, 3.6.4
HR 10 november 2000, <i>LJN</i> AA8289, <i>NJ</i> 2001/301, m.nt. H.J. Snijders	2.3.2
HR 15 december 2000, <i>LJN</i> AA9052, <i>NJ</i> 2001/262, m.nt. P. van Schilfgaarde	5.4.6.2
HR 19 januari 2001, <i>LJN</i> AA9561, <i>NJ</i> 2001/232	2.5.3.1
HR 23 februari 2001, <i>LJN</i> AB0205, <i>JOR</i> 2001/76	2.5.1
HR 29 juni 2001, <i>NJ</i> 2001/602, m.nt. D.W.F. Verkade	2.4.3.1, 3.5.2
HR 5 oktober 2001, <i>NJ</i> 2001/651	2.4.2.3
HR 15 februari 2002, <i>NJ</i> 2002/197	2.4.5
HR 12 juli 2002, <i>LJN</i> AE3344, <i>NJ</i> 2002/532	2.5.3.1
HR 29 november 2002, <i>NJ</i> 2003/78, m.nt. P.A. Stein	2.4.3.1, 3.5.2
HR 29 november 2002, <i>NJ</i> 2004/172, m.nt. H.J. Snijders	2.3.2
HR 29 november 2002, <i>LJN</i> AE7005, <i>NJ</i> 2003/50	2.4.5, 3.5.2
HR 31 januari 2003, <i>LJN</i> AF0201, <i>NJ</i> 2004/48, m.nt. W.D.H. Asser	2.3.2, 4.4.2.2, 4.11.3
HR 7 maart 2003, <i>LJN</i> AF3076	2.5.5
HR 6 juni 2003, <i>LJN</i> AF9440, <i>NJ</i> 2003/486, m.nt. J.M.M. Maeijer	1.3.1
HR 26 augustus 2003, <i>LJN</i> AI0369, <i>NJ</i> 2004/549	5.4.6.2
HR 19 december 2003, <i>LJN</i> AN7817, <i>NJ</i> 2004/293, m.nt. P. van Schilfgaarde (Mobell/Interplan)	2.5.8
HR 30 januari 2004, <i>LJN</i> AN7327, <i>NJ</i> 2005/246, m.nt. H.J. Snijders	2.4.5
HR 19 maart 2004, <i>LJN</i> AO1994	2.5.6
HR 17 december 2004, <i>LJN</i> AR3647	3.2
HR 24 december 2004, <i>LJN</i> AR6026, <i>NJ</i> 2005/129	2.5.8
HR 12 augustus 2005, <i>LJN</i> AT7799, <i>NJ</i> 2006/230, m.nt. P. van Schilfgaarde (Payroll-arrest)	5.2.3
HR 10 maart 2006, <i>LJN</i> AU8172	3.6.8
HR 6 oktober 2006, <i>LJN</i> AX8295	2.5.6

HR 10 november 2006, <i>LJN</i> AY8290, <i>NJ</i> 2007/45, m.nt. J.M.M. Maeijer	1.3.1
HR 10 november 2006, <i>LJN</i> AZ1899	2.5.9
HR 15 december 2006, <i>LJN</i> AZ1083, <i>NJ</i> 2007/203, m.nt. M.R. Mok	5.4.6.2
HR 22 december 2006, <i>LJN</i> AZ2724	2.5.3.1, 3.3
HR 22 december 2006, <i>LJN</i> AZ3952	2.5.6
HR 22 december 2006, <i>LJN</i> AZ3953	2.5.6
HR 23 maart 2007, <i>LJN</i> AZ4571, <i>NJ</i> 2007/178	2.5.9
HR 13 april 2007, <i>LJN</i> AZ8850	2.5.6
HR 20 april 2007, <i>LJN</i> AZ7625	2.5.8
HR 20 april 2007, <i>LJN</i> BA3413	2.5.3.1
HR 1 juni 2007, <i>LJN</i> BA3525, <i>NJ</i> 2007/309	6.3.4.10
HR 13 juli 2007, <i>LJN</i> BA9462	2.5.6
HR 14 september 2007, <i>LJN</i> BA7636	2.5.6
HR 5 oktober 2007, <i>LJN</i> BB3678	2.5.6
HR 12 oktober 2007, <i>LJN</i> BA7958, <i>NJ</i> 2007/622	1.3.1, 2.5.3.1
HR 7 december 2007, <i>LJN</i> BB9537, <i>BNB</i> 2008/155	4.4.2.1
HR 11 april 2008, <i>LJN</i> BC2721, <i>NJ</i> 2008/221	2.5.3.1, 3.4.4, 3.11.7, 4.11.8, 5.6.2.2, 5.11.11
HR 30 mei 2008, <i>LJN</i> BC5012, <i>NJ</i> 2008/311	2.4.5, 3.4.2.2
HR 30 januari 2009, <i>LJN</i> BG5851	5.4.2, 5.4.3.1
HR 6 februari 2009, <i>LJN</i> BG5056, <i>NJ</i> 2010/139, m.nt. H.J. Snijders	2.4.5
HR 20 maart 2009, <i>LJN</i> BG7995, <i>NJ</i> 2009/234, m.nt. S.F.M. Wortmann	2.4.2.3, 3.4.4
HR 27 november 2009, <i>LJN</i> BJ7929, <i>FED</i> 2010, 12, m.nt. E. Poelman, <i>BNB</i> 2010, 63, m.nt. B.J. van Ettekhoven, V-N 2009/61.10, m.nt. Red, <i>BB</i> 2009, 1621, m.nt. Kruimel	5.6.2.2, 5.11.11
HR 29 januari 2010, <i>LJN</i> BK4947, <i>NJ</i> 2010/69	5.8.2
HR 9 juli 2010, <i>LJN</i> BM2337, <i>NJ</i> 2012/226, m.nt. H.J. Snijders	3.5.3, 3.9.2
HR 9 juli 2010, <i>LJN</i> BM3975, <i>NJ</i> 2010/648, m.nt. F.M.J. Verstijlen, <i>TvI</i> 2010, 29	5.2.3, 5.6.2.2, 5.10, 6.2
HR 25 maart 2011, <i>LJN</i> BO9675, <i>NJ</i> 2012/627, m.nt. H.J. Snijders	2.3.1
HR 15 april 2011, <i>LJN</i> BP4963, <i>JOR</i> 2011/244	2.5.3.2
HR 29 april 2011, <i>LJN</i> BQ0713	2.5.6
HR 8 juli 2011, <i>LJN</i> BQ3883	5.8.3
HR 21 oktober 2011, <i>LJN</i> BR3086	2.3.2
HR 11 november 2011, <i>LJN</i> BU4020	5.8.3
HR 16 november 2011, <i>LJN</i> BX5573	2.3.2
HR 16 december 2011, <i>LJN</i> BU8280	2.4.5
HR 27 januari 2012, <i>LJN</i> BV2020, <i>NJ</i> 2012/201	2.5.3.1
HR 13 april 2012, <i>LJN</i> BW1972	2.4.5
HR 25 mei 2012, <i>LJN</i> BV9961, <i>NJ</i> 2012/339	1.3.1
HR 25 mei 2012, <i>LJN</i> BV4010, <i>NJ</i> 2012/546, m.nt. P. van Schilfgaarde	3.4.2.1, 4.4.1, 5.4.3.1
HR 2 november 2012, <i>LJN</i> BX5578	5.8.3
HR 9 november 2012, <i>LJN</i> BX5882, <i>NJ</i> 2012/637	2.3.2, 2.5.8, 2.5.9
HR 14 december 2012, <i>LJN</i> BY0966, <i>NJ</i> 2013/43	2.5.3.2, 3.9, 5.4.1.2, 5.8.1, 5.8.3, 5.11.12

HR 12 april 2013, <i>LJN</i> BY3238, <i>NTFR</i> 2013/997, m.nt. Tiemessen	4.4.2.1
HR 6 september 2013, <i>ECLI:NL:HR:2013:805</i>	3.3, 3.8
HR 13 september 2013, <i>ECLI:NL:HR:2013:691</i>	5.11.2
HR 4 oktober 2013, <i>ECLI:NL:HR:2013:860</i>	5.10
HR 11 oktober 2013, <i>ECLI:NL:HR:CA0721</i>	2.5.3.1
HR 25 oktober 2013, <i>ECLI:NL:HR:2013:1031</i>	3.3, 3.8
HR 17 januari 2014, <i>ECLI:NL:HR:2014:96</i>	5.8.2
HR 7 maart 2014, <i>ECLI:NL:HR:2014:525</i> , <i>WR</i> 2014/69 m.nt. G.J. Scholten	2.4.6
HR 6 juni 2014, <i>ECLI:NL:HR:2014:1338</i> , <i>NJ</i> 2014/299	2.5.3.1
HR 26 september 2014, <i>ECLI:NL:HR:2014:2797</i>	5.6.2.2
HR 5 december 2014, <i>ECLI:NL:HR:2014:3533</i>	2.4.5

Nederland, Centrale Raad van Beroep (CRvB)

CRvB 16 maart 2005, <i>LJN</i> AT3538	4.4.2.1
CRvB 21 december 2012, <i>LJN</i> BY7511	4.4.2.1

Nederland, Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS)

Raad van State Afdeling Bestuursrechtspraak 12 april 2012, <i>LJN</i> BW4068, <i>AB</i> 2012/180	4.4.2.1
--	---------

Nederland, gerechtshoven

Hof Amsterdam 13 juli 1989, <i>NJ</i> 1992/504	3.4.2.1, 4.4.1
Hof Arnhem 8 november 1994, <i>LJN</i> AH4787, <i>KG</i> 1994/448	5.2.1
Hof 's-Hertogenbosch 27 oktober 1997, <i>JOR</i> 1998/65	5.2.1
Hof Amsterdam 25 januari 2000, <i>LJN</i> AE9563	2.5.8
Hof 's-Gravenhage 17 januari 2002, <i>KG</i> 2002/63	3.6.6
Hof 's-Hertogenbosch 27 maart 2003, <i>LJN</i> AG1751	3.3
Hof Arnhem 31 maart 2003, <i>JBP</i> 2004/2, m.nt. J.G.A. Linssen	2.5.2, 2.5.3.2
Hof 's-Gravenhage 22 december 2004, <i>LJN</i> AR8660	3.4.2.2, 3.4.3.1
Hof 's-Hertogenbosch 10 oktober 2005, <i>LJN</i> AU5094	3.2
Hof 's-Hertogenbosch 10 april 2006, <i>LJN</i> AW1978	3.2
Hof Amsterdam, 12 december 2006, <i>LJN</i> BA2964	2.5.6
Hof Amsterdam 7 september 2007, <i>NJF</i> 2007/32	5.6.2.2
Hof Amsterdam 25 februari 2008, <i>LJN</i> BC8437	4.8, 4.10.3
Hof Arnhem 17 april 2008, <i>LJN</i> BD1252	5.4.2, 5.4.3.1, 5.8.2
Hof Arnhem 10 juli 2008, <i>LJN</i> BD6836	2.5.6, 5.4.1.1
Hof Amsterdam 11 juli 2008, <i>LJN</i> BD7041	3.4.3.1
Hof Arnhem 22 juli 2008, <i>LJN</i> BD8654	3.6.4
Hof Arnhem 12 september 2008, <i>LJN</i> BF0769	5.6.2.2
Hof Amsterdam 23 september 2008, <i>LJN</i> BG8013	2.4.2.3
Hof 's-Hertogenbosch 25 maart 2009, <i>LJN</i> BI6348	5.6.2.1
Hof Amsterdam 18 september 2009, <i>LJN</i> BL1956	3.3
Hof 's-Gravenhage 27 oktober 2009, <i>LJN</i> BK1432	5.4.1.2
Hof 's-Hertogenbosch 2 maart 2010, <i>LJN</i> BL6583	3.6.3
Hof Amsterdam 4 maart 2010, <i>LJN</i> BL6811	5.6.2.1
Hof Leeuwarden, 20 april 2010, <i>LJN</i> BM2233	2.4.4, 3.5.3, 3.6.4

Hof Leeuwarden 20 april 2010, <i>LJN</i> BM2250, <i>JBPr</i> 2010/62, m.nt. M.R. van Zanten	3.6.4
Hof Arnhem 13 juli 2010, <i>LJN</i> BN0770	2.4.2.3
Hof Leeuwarden 7 oktober 2010, <i>LJN</i> BO1463	3.4.3.1, 3.6.1, 4.10.3
Hof Arnhem 9 november 2010, <i>LJN</i> BO4337	4.6.4
Hof Amsterdam 2 december 2010, <i>LJN</i> BO6426	5.4.1.1
Hof 's-Hertogenbosch 7 december 2010, <i>LJN</i> BO6687	5.8.1
Hof 's-Gravenhage 21 december 2010, <i>LJN</i> BO8515	5.4.3.1
Hof 's-Hertogenbosch 21 december 2010, <i>LJN</i> BO8515	5.8.1
Hof Leeuwarden 31 maart 2011, <i>LJN</i> BQ4084, <i>TvS</i> 2012, 357	5.4.6.1
Hof Amsterdam (nevenzittingsplaats Arnhem) 14 april 2011, nr. 200.081.769 (niet gepubliceerd)	5.4.3.1
Hof Arnhem 16 juni 2011, nr. 200.085.373 (niet gepubliceerd)	5.4.3.1
Hof Amsterdam 13 oktober 2011, <i>LJN</i> BV1609	5.6.2.2, 5.11.11
Hof Leeuwarden 22 december 2011, <i>LJN</i> BV1387	3.3
Hof 's-Hertogenbosch 7 februari 2012, <i>LJN</i> BV3503	2.5.6
Hof 's-Hertogenbosch 24 april 2012, <i>LJN</i> BW4222	5.9.1
Hof Amsterdam 3 mei 2012, <i>LJN</i> BX3117	2.5.6
Hof 's-Hertogenbosch 28 juni 2012, <i>LJN</i> BX0359	5.4.6.1, 5.10
Hof Leeuwarden 2 oktober 2012, <i>LJN</i> BX9214	3.6.2
Hof Leeuwarden 11 oktober 2012, <i>LJN</i> BY1482	2.5.3.1
Hof Leeuwarden 16 oktober 2012, <i>LJN</i> BY0514	5.2.3, 5.9.1
Hof Leeuwarden 23 oktober 2012, <i>LJN</i> BY1271	5.2.3
Hof Amsterdam 20 november 2012, <i>LJN</i> BY3918	5.10
Hof 's-Hertogenbosch 6 december 2012, <i>LJN</i> BU7421	5.10
Hof Leeuwarden 11 december 2012, <i>LJN</i> BY7474	5.2.3
Hof 's-Hertogenbosch 5 februari 2013, <i>LJN</i> BZ0899	4.6.1
Hof 's-Hertogenbosch 16 februari 2013, <i>LJN</i> BZ3524	5.8.1
Hof 's-Hertogenbosch 26 februari 2013, <i>LJN</i> BZ3524	5.4.1.1, 5.4.1.2, 5.4.6.2, 5.11.7
Hof Arnhem-Leeuwarden 30 mei 2013 (niet gepubliceerd)	5.10
Hof Arnhem-Leeuwarden 12 september 2013, <i>ECLI:NL:</i> <i>GHARL:2013:6699</i>	5.4.1.2, 5.10
Hof Amsterdam 22 april 2014, <i>ECLI:NL:GHARL:2014:2702</i>	2.5.8
Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2014, <i>ECLI:NL:GHARL:2014:5724</i>	5.4.1.1
Hof Arnhem-Leeuwarden 7 augustus 2014, <i>ECLI:NL:GHARL:2014:6260</i>	2.5.8
Hof Amsterdam 7 oktober 2014, <i>ECLI:NL:GHAMS:2014:4634</i>	5.8.1
Hof Arnhem-Leeuwarden 17 november 2014, <i>ECLI:NL:</i> <i>GHARL:2014:8818</i>	2.5.3.1
Nederland, rechtbanken	
Rb. Breda 23 juli 1984, <i>KG</i> 1984/247	3.6.4
Rb. Haarlem 3 augustus 1993, <i>Prg.</i> 1993/3993, m.nt. A.J.J. van der Heiden	5.2.1
Rb. Groningen 6 september 1994, <i>NJ</i> 1994/369	5.4.1.1, 5.11.5
Rb. Zwolle-Lelystad 26 april 1996, <i>KG</i> 196/192, m.nt. A.J.J. Van der Heiden	5.4.6.2
Rb. Groningen 2 augustus 1996, <i>TvI-Nieuwsbrief</i> 1996	5.2.1

Rb. Dordrecht 6 augustus 1997, <i>NJ</i> 1997/713	2.4.5
Rb. Almelo 4 februari 1998, <i>JOR</i> 1998/66, m.nt. A.D.W. Soedira, 5.2.1, 5.2.3, 5.11.4	
Rb. Zwolle-Lelystad 2 februari 2001, <i>KG</i> 2001/136	5.2.1, 5.2.3
Rb. Roermond 30 juni 2001 (niet gepubliceerd)	5.4.1.1
Rb. Alkmaar 30 januari 2003, <i>LJN</i> AO6400	5.4.1.1
Rb. Arnhem 23 juli 2003, <i>NJ</i> 2003/733	3.5.3
Rb. Utrecht 12 november 2003, <i>LJN</i> AO1838, <i>Prg.</i> 2004/6140	4.4.2.1
Rb. Groningen 26 november 2004, <i>JOR</i> 2005/49	2.5.2
Rb. Maastricht 15 juli 2005, <i>LJN</i> AT9478	3.4.2.1
Rb. Arnhem 2 november 2005, <i>LJN</i> AU9198	3.5.3
Rb. Maastricht 2 februari 2006, <i>LJN</i> AV2539	3.6.4
Rb. Middelburg 9 maart 2006, <i>LJN</i> AZ1155	3.6.3
Rb. Alkmaar 15 juni 2006, <i>LJN</i> AX8633, <i>NJF</i> 2006/549	5.2.3
Rb. Zutphen 17 januari 2007, <i>LJN</i> BA4428	3.5.3
Rb. Haarlem 28 maart 2007, <i>LJN</i> BA2928	3.5.3
Rb. 's-Hertogenbosch 25 september 2007, <i>LJN</i> BB4653	3.5.3, 3.6.4
Rb. Zwolle 5 december 2007, <i>LJN</i> BC7041, <i>NJF</i> 2008/177	3.5.2
Rb. Arnhem 4 februari 2008, <i>LJN</i> BC5512	2.5.6
Rb. Rotterdam 7 februari 2008, <i>LJN</i> BC4314	3.5.3
Rb. Amsterdam 13 februari 2008, <i>LJN</i> BC4565, <i>TvS</i> 2009/249	4.4.1, 4.5.3
Rb. Amsterdam 13 februari 2008, 08-214R (niet gepubliceerd)	4.4.4
Rb. Amsterdam 20 februari 2008, <i>LJN</i> BC5888	3.5.3
Rb. Groningen 28 februari 2008, <i>LJN</i> BC6630, <i>TvS</i> 2008/250	4.5.3
Rb. Rotterdam 4 maart 2008, <i>LJN</i> BC6113	4.10.3
Rb. Rotterdam 6 maart 2008, <i>LJN</i> BC6111	4.10.3
Rb. Arnhem 13 maart 2008, <i>LJN</i> BC7255	3.6, 3.6.2
Rb. Arnhem 14 januari 2008, <i>LJN</i> BC2166	4.10.3
Rb. Haarlem 18 maart 2008, <i>LJN</i> BC7406	4.6.2
Rb. Haarlem 19 maart 2008, <i>LJN</i> BC7046	4.5.3
Rb. Maastricht 19 maart 2008, <i>LJN</i> BC7133	5.4.6.1
Rb. Almelo 21 maart 2008, <i>LJN</i> BD1913	3.9.2
Rb. 's-Gravenhage 28 maart 2008, <i>LJN</i> BF8775	5.4.6.1
Rb. 's-Hertogenbosch 8 april 2008, <i>LJN</i> BC9694, <i>TvS</i> 2009/277	4.9.1, 4.10.1, 4.11.3
Rb. Assen 14 april 2008, <i>LJN</i> BD0601	4.6.1
Rb. Middelburg 16 april 2008, <i>LJN</i> BD4816, <i>TvS</i> 2010/310	5.6.2.1
Rb. Roermond 18 april 2008, <i>LJN</i> BD0432	5.4.6.3
Rb. Haarlem 23 april 2008, <i>LJN</i> BD0260	5.4.6.1, 5.4.6.3
Rb. Breda 28 april 2008, <i>LJN</i> BD4382	5.4.6.1, 5.6.2.1
Rb. Maastricht 6 mei 2008, <i>LJN</i> BD1261	3.6.2
Rb. Dordrecht 9 mei 2008, <i>LJN</i> BD2343	4.10.3
Rb. Breda 9 mei 2008, <i>LJN</i> BD4169	5.4.6.1
Rb. Breda 9 mei 2008, <i>LJN</i> BD4178	5.4.6.1
Rb. Rotterdam, 20 mei 2008, <i>LJN</i> BD2422, FT08.333, <i>TvS</i> 2008/254	3.6.3, 4.6.2
Rb. Zwolle-Lelystad 2 juni 2008, <i>TvS</i> 2008/253	4.6.2
Rb. Amsterdam 12 juni 2008, <i>LJN</i> BD6299	3.4.3.2, 3.9.3, 4.4.3

Rb. Breda 17 juni 2008, <i>LJN</i> BD4389	5.4.6.3
Rb. Rotterdam 27 juni 2008, <i>LJN</i> BD6510	3.6.5
Rb. Amsterdam 9 juli 2008, <i>LJN</i> BD9582	5.4.6.1
Rb. Rotterdam 1 augustus 2008, <i>LJN</i> BD9164, <i>TvS</i> 2008/256	5.4.6.1
Rb. Amsterdam 20 augustus 2008, <i>LJN</i> BG4436	3.4.4, 4.4.4, 4.6.1
Rb. Rotterdam 18 september 2008, <i>LJN</i> BF8163	
<i>TvS</i> 2009/262	3.2, 3.4.2.1, 3.9
Rb. Zutphen 8 oktober 2008, <i>LJN</i> BG6947, <i>NJF</i> 2009/158	4.4.2.1, 3.6.5
Rb. Arnhem 28 oktober 2008, <i>LJN</i> BG3933	4.4.3
Rb. Haarlem 24 november 2008, <i>LJN</i> BG5159	3.5.3
Rb. Amsterdam 29 december 2008, <i>FT</i> 08.2069	3.6.6
Rb. Amsterdam 29 december 2008, <i>FT</i> 08.207	3.6.6
Rb. Amsterdam 7 januari 2009, <i>FT</i> RK 10.967 (niet gepubliceerd)	3.4.3
Rb. Amsterdam 7 januari 2009, <i>FT</i> 09.0030 (niet gepubliceerd)	3.6.5, 3.6.6
Rb. Rotterdam 7 januari 2009, <i>LJN</i> BH1641	4.5.5, 4.6.1, 4.10.3
Rb. Utrecht 5 februari 2009, <i>LJN</i> BH2401	5.4.6.1
Rb. Arnhem 19 januari 2009, <i>LJN</i> BI1647, <i>TvS</i> 2010/291	3.6.5
Rb. 's-Hertogenbosch 20 februari 2009, <i>LJN</i> BI0660	5.4.6.3
Rb. Haarlem 25 februari 2009, <i>LJN</i> BH4071	3.4.3, 3.5.3
Rb. Amsterdam 10 maart 2009, <i>LJN</i> BI4237	5.6.2.1
Rb. 's-Gravenhage 15 april 2009, <i>LJN</i> BI9339	3.6.4
Rb. Dordrecht 28 april 2009, <i>LJN</i> BJ0056	5.4.6.1
Rb. Amsterdam 14 mei 2009, <i>FT</i> RK 08.2070 (niet gepubliceerd)	3.6.6
Rb. Dordrecht 19 mei 2009, <i>LJN</i> BJ0053	5.10
Rb. Rotterdam 29 mei 2009, <i>LJN</i> BI9013	5.4.1.2, 5.4.6.3
Rb. Maastricht 3 juni 2009, <i>LJN</i> BI6719, <i>TvS</i> 2010/288	4.4.1, 4.5.3, 4.5.5
Rb. 's-Gravenhage 9 juni 2009, <i>LJN</i> BJ3246	4.5.3, 4.6.1
Rb. Utrecht 24 juni 2009, <i>LJN</i> BJ1972	3.5.2
Rb. Dordrecht 29 juni 2009, <i>LJN</i> BJ2420	4.10.3
Rb. Groningen 2 september 2009, <i>LJN</i> BJ7417	4.5.3
Rb. Utrecht 3 september 2009, <i>LJN</i> BJ7086, <i>TvS</i> 2010/304	3.5.3, 3.6.4
Rb. 's-Gravenhage, zittingsplaats Arnhem, 3 september 2009, <i>LJN</i> AN1243	4.4.2.1
Rb. Rotterdam 24 september 2009, <i>LJN</i> BJ9255	3.4.3, 3.6.4, 3.9
Rb. 's-Hertogenbosch 7 oktober 2009, <i>LJN</i> BN1722, <i>JOR</i> 2010/208	5.9.1
Rb. Zutphen 8 oktober 2009, <i>LJN</i> BG6947, <i>TvS</i> 2010/299	3.6.4
Rb. Haarlem 22 december 2009, <i>LJN</i> BK7328	4.5.3
Rb. Arnhem 28 december 2009, <i>LJN</i> BK9646	5.4.1.2
Rb. Zwolle-Lelystad 14 januari 2010, <i>LJN</i> BM1184	3.6.3
Rb. Haarlem 27 januari 2010, <i>LJN</i> BL0813, <i>TvS</i> 2010/306	3.5.3, 3.6.4
Rb. Zwolle-Lelystad 2 april 2010, <i>LJN</i> BM6850	3.6.3
Rb. Arnhem 7 mei 2010, <i>LJN</i> BM9514	4.5.4
Rb. 's-Gravenhage 7 mei 2010, <i>LJN</i> BM3716	3.1, 3.4.3
Rb. Middelburg 19 mei 2010, 72798/10.236 (niet gepubliceerd)	3.6.6
Rb. Middelburg 19 mei 2010, 72799/10.237 (niet gepubliceerd)	3.6.6
Rb. Groningen 20 mei 2010, <i>LJN</i> BN6294	4.5.3
Rb. Arnhem 21 mei 2010, <i>LJN</i> BO2143	5.4.6.1
Rb. Amsterdam 27 mei 2010, <i>FT</i> RK 10.967 (niet gepubliceerd)	3.6.6

Rb. 's-Gravenhage 1 juni 2010, <i>LJN</i> BM6586	5.4.6.1
Rb. 's-Gravenhage 21 juni 2010, <i>LJN</i> BM8904, <i>TvS</i> 2011/1, 325	3.6.4
Rb. Maastricht 21 juni 2010, <i>LJN</i> BM9283, <i>TvS</i> 2011/323	5.6.2.1, 5.6.2.2
Rb. 's-Gravenhage 28 juni 2010, <i>LJN</i> BM9825	4.9.1
Rb. Leeuwarden 29 juni 2010, 103247 RK 10.183 (niet gepubliceerd)	5.4.6.4
Rb. Leeuwarden 29 juni 2010, 105568 RK 10.423 (niet gepubliceerd)	5.4.6.4
Rb. Groningen 6 juli 2010, <i>LJN</i> BN6296	4.6.4
Rb. Leeuwarden 8 juli 2010, 104409 FT RK 10.303 (niet gepubliceerd)	5.4.6.1, 5.6.2.1
Rb. Haarlem 16 juli 2010, <i>LJN</i> BJ3023	2.4.4, 3.5.3
Rb. 's-Gravenhage, 20 juli 2010, <i>LJN</i> BN2040, <i>TvS</i> 2010/320	4.10.1
Rb. Haarlem 27 juli 2010, <i>LJN</i> BN2790	3.9.3, 3.10.3, 4.6.1, 4.10.1, 4.11.3
Rb. Arnhem 25 augustus 2010, <i>LJN</i> BN8261	3.6.3
Rb. Arnhem 7 september 2010, <i>LJN</i> B6823	5.2.3
Rb. Arnhem 9 september 2010, <i>LJN</i> BN6673	3.6.4, 3.9.4
Rb. Arnhem 14 september 2010, <i>LJN</i> BN8489	4.10.1, 4.11.3
Rb. Haarlem 5 oktober 2010, <i>LJN</i> BO6304, <i>TvS</i> 2011/339	5.4.6.4
Rb. Arnhem 21 oktober 2010, <i>LJN</i> BP1043	2.5.6, 5.4.1.2
Rb. Utrecht 14 oktober 2010, <i>LJN</i> BO1001	5.4.6.1, 5.4.6.3
Rb. Rotterdam 27 oktober 2010, <i>LJN</i> BO4104	3.5.2
Rb. Amsterdam 2 november 2010, <i>LJN</i> BP7372	5.4.6.1, 5.6.2.2
Rb. Haarlem 10 november 2010, <i>LJN</i> BO4561	3.5.3, 3.6.9, 4.6.1
Rb. Utrecht 11 november 2010, <i>LJN</i> BO3685	5.4.6.1, 5.4.6.2
Rb. Haarlem 17 november 2010, <i>LJN</i> BO6305, <i>TvS</i> 2011/337	3.5.3, 3.6.4,
Rb. 's-Gravenhage 29 november 2010, <i>LJN</i> BO9260, <i>TvS</i> 2011/340	3.1, 3.5.3, 3.6.4
Rb. Arnhem 3 december 2010, <i>LJN</i> BO7899	4.5.5, 4.6.1
Rb. Utrecht 6 januari 2011, <i>LJN</i> BP0643	5.4.3.1
Rb. 's-Hertogenbosch 14 januari 2011, <i>LJN</i> BP3054	2.6, 5.4.6.1
Rb. Arnhem 17 januari 2011, <i>LJN</i> BP1045, <i>TvS</i> 2011/331	4.9.1
Rb. 's-Hertogenbosch 17 januari 2011, <i>LJN</i> BP3066	5.6.2.1
Rb. Rotterdam 8 februari 2011, <i>LJN</i> BP5312	4.5.4
Rb. Breda 21 februari 2011, <i>LJN</i> BP7540	5.4.1.1
Rb. Roermond 22 februari 2011, <i>LJN</i> BP6093	3.6.5
Rb. 's-Hertogenbosch 25 februari 2011, <i>LJN</i> BP6074	5.4.6.1, 5.6.2.1, 5.6.2.2
Rb. Maastricht 9 maart 2011, <i>LJN</i> BP7861	5.2.3
Rb. Arnhem 14 maart 2011, <i>LJN</i> BP7560	3.2, 3.6.4, 3.6.5
Rb. 's-Hertogenbosch 16 maart 2011, <i>LJN</i> BP8058	4.6.1
Rb. Rotterdam 16 maart 2011, <i>LJN</i> BP8359	4.10.1
Rb. Arnhem 24 maart 2011, <i>LJN</i> BR1671	5.4.1.2
Rb. Utrecht 28 maart 2011, <i>LJN</i> BQ0685	4.6.1
Rb. Alkmaar 31 maart 2011, <i>LJN</i> BR4536, <i>TvS</i> 2011/345	3.6.8
Rb. Utrecht 31 maart 2011, <i>LJN</i> BQ0651	5.4.3.1
Rb. 's-Hertogenbosch 1 april 2011, <i>LJN</i> BQ1307	5.4.6.1
Rb. Arnhem 4 april 2011, <i>LJN</i> BQ3189	5.6.2.1
Rb. Breda 4 april 2011, <i>LJN</i> BQ0572	5.4.6.1
Rb. Breda 4 april 2011, <i>LJN</i> BQ1672	3.6.1, 3.10.3, 4.10.1
Rb. Breda 21 april 2011, <i>LJN</i> BQ2493	3.1, 3.6, 3.6.2

Rb. Utrecht 26 april 2011, <i>LJN</i> BQ2822	5.4.3.1
Rb. Arnhem 28 april 2011, <i>LJN</i> BQ3186	5.6.2.2
Rb. Rotterdam 28 april 2011, <i>TvS</i> 2011/344	3.6.10
Rb. 's-Gravenhage 12 mei 2011, <i>LJN</i> BQ4477	2.5.6
Rb. Breda 16 mei 2011, <i>LJN</i> BR6509, <i>Prg.</i> 2011/180	3.4.3.2
Rb. Arnhem 23 mei 2011, <i>LJN</i> BR1674	3.6.7, 3.10.3, 4.10.1
Rb. Utrecht 7 juli 2011, <i>LJN</i> BR2552	5.6.2.1
Rb. Utrecht 15 juli 2011, <i>LJN</i> BR2221	4.5.3
Rb. Roermond 20 juli 2011, <i>LJN</i> BW3385, <i>JOR</i> 2012/128, m.nt. L. Timmerman	5.9.1
Rb. Utrecht 25 augustus 2011, <i>LJN</i> BR5878	3.5.3
Rb. Utrecht 13 september 2011, <i>LJN</i> BT2590	4.6.1, 4.9.1
Rb. Zwolle 10 november 2011, <i>LJN</i> BV8197, <i>JOR</i> 2012/232	5.2.3
Rb. Utrecht 22 november 2011, <i>LJN</i> BU6181	3.6.11
Rb. Utrecht 9 december 2011, <i>LJN</i> BU8308	4.5.3, 4.6.4
Rb. Amsterdam 10 januari 2012, <i>LJN</i> BV1455	4.5.1, 4.5.3
Rb. Haarlem 22 februari 2012, <i>LJN</i> BV6710	2.4.2.3
Rb. Leeuwarden 15 maart 2012, 117609/RK 12.99 (niet gepubliceerd)	5.6.2.1
Rb. 's-Hertogenbosch 23 maart 2012, <i>LJN</i> BX7049	5.6.2.1
Rb. 's-Hertogenbosch 10 april 2012, <i>LJN</i> BX6258	5.6.2.2
Rb. Amsterdam 12 april 2012, <i>LJN</i> BW8891	4.6.1
Rb. 's-Gravenhage 27 april 2012, <i>LJN</i> BW5573	5.4.1.2, 5.10
Rb. Utrecht 23 mei 2012, <i>LJN</i> BW6850, <i>Prg.</i> 2012/193	4.4.2.1
Rb. Leeuwarden 24 mei 2012, <i>LJN</i> BW8115	2.4.5, 4.4.5
Rb. Utrecht 14 juni 2012, <i>LJN</i> BW9583	5.6.2.1
Rb. Utrecht 28 juni 2012, <i>LJN</i> BX0521	5.4.1.1, 5.6.2.2
Rb. Breda 4 juli 2012, <i>LJN</i> BX0769, <i>Prg.</i> 2012/207	4.5.3
Rb. Utrecht 12 juli 2012, <i>LJN</i> BX2303	5.4.1.1
Rb. Utrecht 16 juli 2012, <i>LJN</i> BY2921	3.6.2
Rb. 's-Hertogenbosch 17 juli 2012, <i>LJN</i> BX3688	5.4.6.3
Rb. Utrecht 11 september 2012, <i>LJN</i> BX7665	2.5.8
Rb. Haarlem 18 september 2012, <i>LJN</i> BX8922	4.4.3, 4.5.3
Rb. Utrecht 10 oktober 2012, <i>LJN</i> BY0070 (kort geding)	5.6.1
Rb. Almelo 30 oktober 2012, <i>LJN</i> BY2268	3.6.2
Rb. Noord-Nederland 27 februari 2013, FR RK 13.131 (niet gepubliceerd)	3.9
Rb. Rotterdam 27 februari 2013, <i>LJN</i> BZ4792	5.4.1.1
Rb. Zeeland-West-Brabant 21 maart 2013, <i>LJN</i> BZ6966	5.4.1.1
Rb. Noord-Nederland 19 april 2013, RK 13.376 (niet gepubliceerd)	3.6.3, 4.6.2
Rb. Noord-Holland 25 april 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:CA3957	3.6.8
Rb. Midden-Nederland 13 juni 2013, <i>LJN</i> CA3511	5.4.1.1
Rb. Midden-Nederland 11 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2765	5.4.1.1, 5.4.3.1
Rb. Oost-Brabant 1 augustus 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4449	5.4.1.1, 5.4.3.1
Rb. Midden-Nederland 27 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3537, <i>TvS</i> 2014/418	4.4.3, 4.5.1-4.5.3
Rb. Overijssel 12 september 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:2796	4.4.3, 4.5.3

Rb. Overijssel 18 november 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:4561	3.6.6
Rb. Midden-Nederland 26 november 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:5871	5.10
Rb. Oost-Brabant 10 december 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:7304	5.4.1.2
Rb. Midden-Nederland 27 februari 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:941, <i>TvS</i> 2014/408	4.9.1
Rb. Rotterdam 4 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2544	4.6.1, 4.11.3
Rb. Gelderland 11 maart 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:2074	2.5.8
Rb. Rotterdam 18 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2550	4.5.3, 4.11.3
Rb. Rotterdam 19 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2545, <i>TvS</i> 2014/414	2.5.3.2, 2.5.5, 4.4.2.2
Rb. Midden-Nederland 27 maart 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1279	5.6.2.2
Rb. Rotterdam 2 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2647	4.4.4, 4.11.3
Rb. Rotterdam 2 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2649	3.5.3
Rb. Gelderland 18 april 2004, ECLI:NL:RBGEL:2014:2660	4.11.3
Rb. Gelderland 23 april 2014 ECLI:NL:RBGEL:2014:3050	3.4.2.1
Rb. Limburg 7 mei 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:5933	3.4.2.1
Rb. Den Haag 15 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7670	1.1
Rb. Gelderland 29 september 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6227	5.4.1.2
Rb. Rotterdam 31 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9020	5.4.1.1
Rb. Rotterdam 31 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9021	4.9.1

Nederland, kantonrechter

Ktg. Apeldoorn 20 november 1996, <i>Prg.</i> 1997/4823	5.2.1
--	-------

Kamer voor Gerechtsdeurwaarders

KvG 26 januari 2010, <i>LJN</i> YB0365	3.6.5
--	-------

IV | Trefwoordenregister

(Dit register verwijst naar de paragraafnummers van dit boek)

A

aangetekende brief	4.4.2.1, 5.11.6
activa (bezittingen)	5.2.1, 5.4.1.1, 5.11.2, 5.11.3, 5.11.5
activa (bezittingen) en passiva (schulden)	5.2.1, 5.4.1.1, 5.11.2, 5.11.3, 5.11.5
advocaat	3.4.2.1, 5.2.1, 5.4.1.2, 5.4.3.1, 5.11.3, 6.3.4.5
afkoelingsperiode	1.1, 1.5, 2.4.6, 2.5.5, 2.5.6, 6.4.1
akkoord	5.2.3, 5.4.1.1, 5.9.1
– onderhands	5.2.1
– percentageakkoord	5.2.2, 5.6.3
ambtshalve	5.4.2
appelverbod	4.8
autonomie (van partijen)	2.3.1

B

bedrag	
– vrij te laten	1.2.1, 3.6.5, 5.4.1.1, 5.4.3.1
bedrog	5.4.1.1
behandeling	
– mondelinge	2.4.2.1, 4.4.3, 5.4.4, 5.4.5, 6.3.4.2, 6.3.4.4
belang(en)	
– maatschappelijke	5.10
belangenafweging	1.3.2, 2.4.3.1, 2.4.6, 3.5.2, 3.6.1, 3.6.4, 4.5.3, 4.10.3, 5.2.1
belastingdienst	5.4.1.2, 5.9.1, 5.11.2, 5.11.3

beschermingsbewind	1.1, 3.4.2.1, 4.4.1, 5.4.1.2, 5.4.3.1
beschermingsbewindvoerder	3.4.2.1
beslag(en)	
– beslaglegging	3.5.3
– beslag opheffing	3.5.2
– beslagverboden	3.6.4
– beslagvrije voet	3.6.5
– conservatoir	3.4.3.1
bewijs	
– bewijslevering	3.5.2
– bewijsmiddelen	2.4.2.1, 5.4.3.1
– bewijsrecht	2.4.2.3, 2.4.6, 2.6, 5.4.7, 5.11.9, 6.3.1, 6.3.4.10
bewijslast	3.5.3, 4.11.5
– bewijslastverdeling	4.4.1
bodemprocedure	5.7
bodemrechter	3.7
Bureau Krediet Registratie	5.11.2
burgerlijk procesrecht	1.4, 2.2.1, 2.2.2
C	
Centraal Justitieel Incasso Bureau (CJIB)	5.11.2
competentie	3.3
– relatieve	3.3
curatele	2.5.5, 3.4.2.1, 4.4.1
D	
deskundige	5.4.1.2., 5.11.3
– onafhankelijke	5.2.1
– deskundigenonderzoek	2.5.2
dwaling	5.4.1.1
E	
eis	
– verandering	3.4.2.2
– vermeerdering van	2.4.2.2, 3.4.2.2, 5.4.3.2, 5.11.8, 6.3.4.7
– vermindering van	3.4.2.2, 5.4.3.2, 5.11.8, 6.3.4.7
e-mail	2.4.2.1, 4.4.2.1, 4.11.3
equality of arms	2.3.2, 2.5.9
executie	3.9.1

- executierecht 1.1, 2.2.1
- executierechter 2.4.4, 3.9.4, 6.2, 6.3.4.8
- executieverkoop 3.6.4
- executieveiling 3.6.9

- F**
- fax 2.4.2.1, 4.4.2.1, 4.11.3

- G**
- gemachtigde 4.4.4, 5.6.2.2
- getuigen 2.5.2
- gijzeling 2.4.6
- goede procesorde 2.3.1, 3.4.2.2
- goede trouw 2.5.8, 4.2, 4.5.1, 4.5.2, 4.9.1, 5.4.6.2
- griffierecht 2.5.3.1, 3.9.4, 3.10.2, 4.4.1, 4.10.2, 5.4.3.1, 5.6.2.2, 5.8.3, 5.9.1, 5.9.2

- H**
- handtekening
- elektronische 4.4.2.1
- hechtenis
- vervangende 2.4.6, 3.6.7
- heraansluiting 3.6.3, 4.6.2, 4.11.6
- herroeping 5.8.4, 5.11.12
- homologatie 5.9.1
- hoger beroep 2.4.2.4, 2.5.3.1, 3.8, 4.8, 4.11.10, 5.8.1, 5.11.12
- hoor en wederhoor 2.3.1, 2.3.2, 2.6, 3.4.3.3, 4.4.2.2, 6.3.1, 6.3.3
- huurachterstand 2.4.3.2, 3.6.1, 3.6.5, 3.9.3, 4.5.3, 4.6

- I**
- incidentele vordering 2.4.5

- J**
- Justitiële Documentatiedienst 5.11.2

K

Kadaster	5.11.2
kantonrechterskortgeding	2.4.5, 4.11.2
KEI-wetsvoorstel	1.7, 2.4.2.1, 3.9.4, 4.9.2, 5.4.3.1, 5.9.2, 6.3.4.3, 6.3.4.4, 6.3.4.6, 6.3.4.8

L

Leidraad Invordering	5.9.1
liquidatieakkoord	5.2.2, 5.4.1.1
liquidatietarief	2.4.2.3, 3.4.4, 4.4.4, 4.11.8, 5.6.2.1
loonbeslag(en)	3.6.5, 3.6.10, 3.6.12, 3.9.1, 3.10.1, 6.4.1

M

misbruik	
– van bevoegdheid	5.2.1, 5.2.3, 5.4.1.1
– van executiebevoegdheid	2.4.4, 3.5.2, 3.6.4
– van (proces)recht	3.11.7, 5.4.1.1
moratorium	1.2.1, 2.4.6
motivering (van uitspraken)	2.3.2, 5.4.6.1, 5.4.6.3, 5.11.7

N

niet-ontvankelijk	2.5.3.1, 3.2, 3.4.2.1, 3.5.3, 3.9.2, 4.4.5, 4.8, 4.11.11, 5.4.3.1, 5.8.2
– niet-ontvankelijkverklaring	5.8.2
nutsvoorziening	3.6.2

O

omzettingsverzoek	3.9.2
ontruiming	3.6.1
– ontruimingsvonnis	2.4.4, 2.4.6, 3.6.1, 3.9.2, 3.9.3, 3.10.1, 3.10.2, 4.6.1, 4.10.2, 6.4.1
ontvanger	5.9.1
openbaar (zitting)	2.3.1, 2.4.2.1, 2.5.3.2, 4.4.2.2, 4.4.3, 5.4.5
opheffing	3.6.12

P

paritas creditorum	3.2, 3.6.1, 5.4.1.1
partijautonomie	2.2.3
passiva (schulden)	5.2.1, 5.4.1.1, 5.11.2, 5.11.3, 5.11.5
paulianeus	3.6.6
percentageakkoord	5.2.2, 5.6.3
privacy	3.4.3.3, 4.4.2.2, 5.2.3, 6.3.1
proces	
– eerlijk	2.3.2
– proceskosten	2.5.3.1, 3.4.2.1, 4.4.4, 4.11.8, 5.6.2, 5.6.2.2, 6.3.4.11
– proceskostenveroordeling	2.4.2.3, 3.4.4, 3.11.7, 5.6.2.2, 5.11.11
– procesreglement insolventiezaken	3.4.2.1
– proces-verbaal	2.4.2.1, 2.5.2, 2.5.9, 6.3.4.4, 6.3.4.12
prognoseaanbod	5.2.2, 5.11.8
prognoseakkoord	5.2.2, 5.4.1.1, 5.6.3
proportionaliteitsbeginsel	2.4.6
provisie(e)l(e)	
vonnis	2.4.5
– voorziening	6.2
– vordering	2.4.5, 3.5.2

R

rechter-commissaris	2.5.2, 2.5.4-2.5.8, 2.5.11, 3.2, 5.2.3
rechtersregeling	1.2.2, 2.6
rechtsmiddelen	5.11.12
Recofa	1.2.2
redelijkheid en billijkheid	2.2.3, 2.3.1, 3.4.2.1, 3.6.3, 3.11.6, 4.4.1, 4.11.6, 5.2.1, 5.10, 5.11.5
rijbewijs	3.6.8
Rijksdienst voor het Wegverkeer (RDW)	5.11.2

S

schone lei	1.2.1
schorsing	3.6.1, 3.6.2, 3.6.10, 3.6.12

schuldbemiddeling	5.4.1.2
schuldregeling	
– minnelijke	5.2.1
situatie	
– bedreigende	4.4.1, 4.5.1, 4.5.2, 4.5.6, 4.6, 4.6.3, 4.11.2, 4.11.6
spoedeisend belang	2.4.3.1, 2.4.4, 2.4.5, 3.5.2, 3.6.12, 3.11.4
spoedeisende zaken	3.5.3
stabilisatietraject	4.9.1, 4.11.2
stadswarmte	4.6.2, 4.11.6
stelplicht	2.4.3.2, 2.5.6, 3.4.2.1, 3.5.2, 3.5.3, 4.4.1, 4.11.5, 5.4.6.2, 5.5, 5.11.7
subsidiariteitsbeginsel	2.4.6
T	
toepassing	
– voorlopige	3.1, 3.2
traject	
– minnelijke	1.1, 5.4.1.2, 5.11.2
tussenbeschikking	2.4.2.3
U	
uitkeringsbeslag	3.6.5, 3.6.10, 3.6.12, 3.10.1, 6.4.1
uitvoerbaar bij voorraad	1.3.1, 2.4.2.3, 2.4.4, 2.4.5, 3.4.4, 3.9.1, 3.10.2, 3.11.4, 5.6.3, 6.3.2, 6.3.4.9
uitspraken	
– motivering van	2.3.2, 5.4.6.1, 5.4.6.3, 5.11.7
V	
verletkosten	3.4.4, 4.11.8, 5.6.2.1, 5.6.2.2, 5.11.11
vermeerdering (van eis/verzoek)	2.4.2.2, 2.4.3.2, 3.4.2.2, 5.4.3.2, 5.11.8, 6.3.4.7
vermindering (van eis/verzoek)	3.4.2.2, 5.4.3.2, 5.11.8, 6.3.4.7

verstek	2.4.2.1, 2.4.2.2, 2.4.3.3, 3.11.10, 5.1, 5.4.6, 5.4.6.1, 5.4.6.2, 5.5
– verstektoets	5.4.6.2
verweerschrift	2.4.2.1, 2.5.3.1, 4.11.3, 5.4.1.1, 5.4.6.4, 5.11.6, 6.3.4.6
verzet (rechtsmiddel van)	2.4.3.3, 2.5.9, 3.11.10, 4.4.2.1, 4.11.10, 5.11.12
verzoek	
– wijziging	3.4.2.2
– vermeerdering van	2.4.2.2, 2.4.3.2, 3.4.2.2, 5.4.3.2, 5.11.8, 6.3.4.7
– vermindering van	3.4.2.2, 5.4.3.2, 5.11.8, 6.3.4.7
– verzoekschriftprocedure	2.4.2
voorfase	2.2.1, 2.2.3, 3.4.2.1, 3.11.2, 5.11.3, 5.11.5, 6.2
voorzieningenrechter	3.10.2
vtlb-berekening	5.11.7
W	
waarheidsvinding	2.2.3
Wet Mulder	3.6.6, 3.6.8
Wet op het consumentenkrediet	2.2.1, 4.4.5
wijziging	3.4.2.2, 5.4.3.2, 5.11.8
wraking	2.3.1, 2.4.5
Z	
zorgverzekering	2.4.6, 4.4.1, 4.6, 4.6.3, 4.9.1, 4.11.6

V | Lijst van geraadpleegde websites

www.bobwessels.nl
www.dare.ubvu.vu.nl
www.energie-nederland.nl
www.insolad.nl
www.internetconsultatie.nl
www.nen.nl
www.nvbk.eu
www.overheid.nl
www.rechtspraak.nl
www.rijksoverheid.nl
www.schuldinfo.nl
www.wodc.nl

VI | Dankwoord

Een proefschrift schrijf je alleen. Zonder steun van anderen kan dat echter niet. Allereerst ben ik mijn promotor Bob Wessels veel dank verschuldigd. Hij heeft mij steeds gesteund en gemotiveerd met zijn vele ideeën en voorstellen gedurende de bijna vijf jaar dat dit promotieonderzoek duurde. De leden van de promotiecommissie, prof. mr. A.G. Castermans, prof. mr. drs. Haentjens, prof. mr. H.J. Snijders en prof. mr. R.M. Vriesendorp wil ik hartelijk danken voor hun constructieve opmerkingen bij en suggesties voor verbetering van mijn manuscript. Deze hebben mij zeer geholpen.

Mijn echtgenote Janneke en onze kinderen Tim, Co en Hélène wil ik bedanken. Het onderzoek en het schrijven van ‘het boek’ was niet mogelijk zonder hun geduld en begrip.

Zonder de steun van de Rechtbank Arnhem, thans Rechtbank Gelderland, was dit proefschrift evenmin tot stand gekomen. In het bijzonder noem ik Christa Wiertz. Tot slot ben ik veel dank verschuldigd aan mijn ‘meelezers’ Rose-Marie Boon, Hans Dethmers, Pieter Fröhlich, Jan van Maasakkers, Mincke Melissen, Gert van Rijssen, Otto van Schravendijk en allen die met mij meedachten en meeleeften.

VII | Curriculum Vitae

Berend Engberts werd op 22 februari 1964 geboren te 's-Gravenhage. Hij behaalde in 1982 zijn VWO-diploma aan het Comenius College te Hilversum. Van 1982 tot 1988 studeerde hij rechten aan de Rijksuniversiteit Utrecht. Na voltooiing van deze studie werd hij in 1989 rechterlijk ambtenaar in opleiding bij de Rechtbank Assen. In 1995 werd hij gerechtsauditeur/rechter-plaatsvervanger, en in 1997 rechter bij de Rechtbank Arnhem. Van 2000 tot 2008 is hij rechter-commissaris in insolventies bij deze rechtbank geweest. Van 2003 tot 2008 was hij voorzitter van Recofa. Momenteel is hij senior (kanton)rechter inhoudelijk bij de Rechtbank Gelderland. Berend Engberts is sinds 2008 auteur van Tekst en Commentaar Insolventierecht (titel III). Hij is voorts mede-oprichter (2010) en redacteur van het tijdschrift Wsnp Periodiek.

Serie-overzichten RECHT EN PRAKTIJK + subseries

Recht en Praktijk Financieel Recht

Onder redactie van prof.mr. D. Busch, mr. F.M.A. 't Hart en prof.mr. V.P.G. de Serière

- FR1. M. Nelemans, Het verbod van marktmanipulatie
- FR2. G.R. Boshuizen en B.H. Jager, Verzekerd van toezicht – 2^e druk
- FR3. B. Bierens, Revindicatoire aanspraken op giraal geld
- FR4. E.L.A. van Emden, E.A.L. van Emden, Bankgarantie – 7^e druk
- FR5. K. Frielink, M. van Eersel, Toezicht trustkantoren in Nederland – 2^e druk
- FR6. L.J. Silverentand (red.), B. Bierman, F.W.J. van der Eerden, P. Heemskerk, J. Sprecher, Hoofdpijnen Wft, 2^e druk
- FR7. R.E. van Esch, Giraal betalingsverkeer / Elektronisch betalingsverkeer – 3^e druk
- FR8. J.M. van Poelgeest, Kredietverstrekking aan consumenten – 2^e druk
- FR9. E. van den Ing, Markttoegang financiële dienstverleners Wft
- FR10. K.A. Kralj, De prospectusplicht
- FR11. M. van Eersel, Handhaving in de financiële sector
- FR12. J. Diamant, De Collateral Richtlijn
- FR13. N. Lavrijssen, Verzekering verzekerd?

Recht en Praktijk – Informatie- en Communicatietechnologie

- ICT1. J. Borking, Privacyrecht is code
- ICT2. H. Struik, P.C. van Schelven, en W.A.J. Hoorneman, Softwarerecht
- ICT3. E.W. Verhelst, Recht doen aan Privacyverklaringen
- ICT4. Prof. mr. S. van der Hof, prof. mr. A.R. Lodder en prof. mr. G.J. Zwenne (red.), Recht en computer

Recht en Praktijk – Intellectuele eigendom

- IE1. S.J. Schaafsma, Intellectuele eigendom in het conflictrecht

Recht en praktijk – Ondernemingsrecht

Onder redactie van prof.mr. W.J.M. van Veen en mr. J.A.M. ten Berg

- ONR1. W.J.M. van Veen en J.W. Bellingwout, De Arubaanse vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (VBA)
- ONR2. H. de Groot, Bestuurdersaansprakelijkheid – 5^e druk
- ONR3. W.J.M. van Veen (red.), De Europese naamloze vennootschap (SE) – 2^e druk
- ONR4. F.K. Buijn en P.M. Storm, Ondernemingsrecht. BV en NV in de praktijk
- ONR5. M.Y. Nethe, Ontbinding en vereffening van rechtspersonen
- ONR6. W.W. de Nijs Bik, De Structuurvennootschap. Bestuur, toezicht en corporate governance
- ONR7. W.J.M. van Veen en M.P. Bongard, Grensoverschrijdende juridische fusies. De verschillende grondslagen, mogelijkheden en beperkingen

Recht en Praktijk – Personen- en Familierecht

- PFR1. L.H.M. Zonnenberg, Het verrekenbeding
- PFR2. B. Breederveld, De aangepaste gemeenschap van goederen in verband met echtscheiding
- PFR3. Th.M. de Boer en F. Ibili, Nederlands internationaal personen- en familierecht – Wegwijzer voor de rechtspraktijk
- PRF4. J.A.M.P. Keijser, Handleiding bij scheiding

Recht en Praktijk – Staats- en Bestuursrecht

- SB1. M.K.G. Tjepkema, Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel
SB2. Willem Braams, Arjen van Rijn, Martijn Scheltema (red.), Klimaat en recht
SB3. M. Schreuder-Vlasblom, Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure
SB4. R. Ortlep, De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsvaststellingen in het licht van het Unierecht
SB5. J.H.G. van den Broek, Omgevingsrecht
SB6. J.E. van den Brink, De uitvoering van Europese subsidieregelingen
SB7. J.A.M. van Angeren, De gewone rechter en de bestuursrechtspraak
SB8. J.E.F.M. den Drijver-van Rijkvorsel, M. Rus-van der Velde, A.W. van Engen, F.A. Mulder, Onteigening

Recht en Praktijk – Contracten- en Aansprakelijkheidsrecht

- Onder redactie van prof. mr. R.P.J.L. Tjittes, mr. R.J.Q. Klomp
CR1. B. Wessels, R.H.C. Jongeneel, M.L. Hendrikse, Algemene voorwaarden
CR2. B. Wessels, T.H.M. van Wechem, Contracteren in de internationale praktijk
CR3. A.H. Lamers, Contracteren door intermediairs in de muziekindustrie
CR4. C.M.D.S. Pavillon, Open normen in het Europees consumentenrecht
CA5. K.J.O. Jansen, Informatieplichten
CA6. P.S. Bakker, Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm
CA7. F.A. van Tilburg, Effecten van civielrechtelijke aansprakelijkheid op openbare-ordebeleid
CA8. B.M. Pajmans, De zorgplicht van scholen
CA9. R.I.V.F. Bertrams, S.A. Kruisinga, Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weens Koopverdrag
CA10. R.J.B. Boonekamp, Onrechtmatige daad in groepsverband
CA11. E.A.L. van Emden, M. de Haan, Beroepsaansprakelijkheid
CA12. M.M. van Rossum, P.H.L.M. Kuypers (red.) Garanties in de rechtspraktijk
CA13. F.J.M. Verstijlen, Het internationale eigendomsvoorbehoud

Recht en Praktijk – Vastgoedrecht

- VG1. B.A.M. Janssen, Wie heeft de leiding?
VG2. D.L. Rodrigues Lopes, Pacht
VG3. M.F.A. Evers, Huurrecht bedrijfsruimten
VG4. H.J. Rossel, Huurrecht algemeen
VG5. D.L. Rodrigues Lopes, Eigendom en beperkte rechten
VG6. D.L. Rodrigues Lopes, Landinrichting
VG7. A. van Heeswijck, Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures

Recht en Praktijk – Verzekeringsrecht (voorheen Serie Verzekeringsrecht)

- Onder redactie van prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele – van der Velde
VR1. M.L. Hendrikse, J.G.J. Rinkes, Juridische aspecten van elektronisch verzekeren
VR2. M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen, J.G.J. Rinkes, Verzekeringsrecht (praktisch belicht)
4^e druk
VR3. W.M.A. Kalkman, De overeenkomst van levensverzekering

Recht en Praktijk

Verschenen delen onder redactie van prof. mr. R.P.J.L. Tjittes

- | | |
|---|--|
| 1. Bedrijfsopvolging in de middenstand | 6a. Beheer en bemiddeling bij onroerend goed |
| 2. Bedrijfsopvolging in de landbouw | 6b. Huurrecht bedrijfsruimten |
| 3. Opvolging in het vrije beroep | 6c. Huurprijzenwet woonruimten |
| 4. Familierechtelijke betrekkingen | 7a. Zekerheidsrechten (hypotheek) |
| 5. Samenwerkingsvormen in landbouw en middenstand | 7b. Zekerheidsrechten (pand en borgtocht) |
| 6. Bouw- en woningrecht | 8. Wet op het consumentenkrediet |

9. De Kamers van Koophandel in de praktijk
- 10a. Het kort geding (A. Algemeen deel)
- 10b. Het kort geding (B. Bijzonder deel)
11. Het nieuwe merkenrecht
12. De kantonrechter (Burgerlijke Zaken)
13. Burenrecht, mandeligheid, erfdiensbaarden
14. Kansspelen en cadeau-acties
15. Collectief ontslag
16. Schade- en sommenverzekeringsrecht
17. De gerechtsdeurwaarder
18. De surséance van betaling en het akkoord
19. Bestemmingsplan en privaatrecht
20. Overzicht van het Nederlandse milieurecht
21. Handleiding bij scheiding
22. Onteigening
23. BV en NV
24. Vergoeding van verkeersschade
25. Het Nieuwe Verenigingsrecht
26. Overheidsvergunning en Onrechtmatige daad
27. Consumentenrecht
28. De handelsnaam
29. Kringen van belanghebbenden
30. Handleiding Hinderwet
31. Pacht
32. De directeur, bestuurder en werknemer
33. Vervoerrecht
34. Huurbescherming bij woonruimte
35. Kopers en economische eigenaars van onroerend goed
36. Recht en computer
37. Het nieuwe BW in 400 trefwoorden
38. Exoneratieclausules
39. Overdracht van een onderneming
40. Bescherming van het uiterlijk van producten
41. Het eigendomsvoorbehoud
42. Auteursrecht
43. De betaalcheque
44. De commissaris, aanbevolen gedragsregels
45. Het Nederlandse arbitragerecht
46. Alimentatierekenen
47. Arbeidsverhoudingen in het Nederlands IPR
48. De commanditaire vennootschap in de praktijk
49. Retentierecht
50. Produktaansprakelijkheid
51. De achtergestelde vordering in het bijzonder de achtergestelde lening
52. Algemene voorwaarden getoetst
53. Schenking
54. Voordeelstoerekening
55. De agentuurovereenkomst
56. Onrechtmatige daad in groepsverband volgens NBW
57. Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen
58. Dwaling, in het bijzonder bij koop van onroerend goed
59. Kadaster, openbare registers en derdenbescherming
60. Overgangsrecht nieuw Burgerlijk Wetboek
61. De nieuwe civiele kantongerechtsprocedure
62. Recht en reclame
63. Franchising
64. De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase
65. Onderhandelen en privaatrecht
66. Herziening scheidingsprocesrecht
67. Bestuurdersaansprakelijkheid
68. Recht en elektronische handel
69. Bevrijdende verjaring
70. Rechtsverwerking in drievoud
71. Bestuur en toezicht
72. Buiten-contractuele aansprakelijkheid bodemverontreiniging
73. Grenzen aan het stakingsrecht
74. Contracteren in de internationale praktijk
75. Privacyregulering in theorie en praktijk
76. Ontbinding
77. De hoedanigheid van contractpartijen
78. Verhoogd gevaar in het aansprakelijkheidsrecht
79. Verzekering en aansprakelijkheid
80. De toezegging in het privaatrecht
81. Kollektieve akties in het privaatrecht
82. Gerechtelijke bewaring
83. Vrij verkeer van vonnissen
84. Enige beschouwingen over zinvol commissariaat
85. Moderne biotechnologie en recht
86. Softwarerecht
87. Surséance van betaling
88. Aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen
89. De vereniging in de praktijk
90. Milieuschade en financieel verslag
91. Dwaling bij de totstandkoming van overeenkomsten

92. Contracteren in de internationale praktijk/ Deel II
93. Verrekening
94. Geld, geldschuld en betaling
95. Bank & Aansprakelijkheid
96. Insolventie en rechtspersoon
97. Levering van roerende zaken door middel van zakenrechtelijk waardepapier
98. Aansprakelijkheidsverzekering op claims made grondslag
99. Onverschuldigde betaling
100. De Wet op de Europese ondernemingsraden
101. Het Haagse Trustverdrag
102. Contracteren in de internationale praktijk/ Deel III
103. Privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid
104. Distributieovereenkomsten
105. Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering
106. Sponsoring van verenigingen en stichtingen
107. Passieve legitimatie uit cognossement
108. Handboek handelsregister
109. De commissionair in effecten
110. Schade en loss occurrence-verzekeringen
111. Gids geregistreerd partnerschap
112. Toerekening van een onrechtmatige daad
113. Productaansprakelijkheid
114. Vermogensrecht voor ongehuwde samenlevers
115. Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht
116. Het kort geding in internationaal perspectief
117. Scheepsvoorrechten
118. Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering
119. Notariële aansprakelijkheid
120. Garanties in de rechtspraktijk
121. Natrekking, vermenging en zaaksvorming
122. Juridische aspecten van geografische aanduidingen
123. Samenloop van CMR-Verdrag en EEX-Verordening
124. Grenzen van rechtsobjecten
125. Regres
126. Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding
127. Schadebeperkingsplicht
128. De rechtsverhouding tussen procespartijen
129. Capita Zeerecht
130. De Europese naamloze vennootschap (SE)
131. Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken
132. Toezicht en aansprakelijkheid
133. Insolventie in het internationaal privaatrecht
134. Contractdwang
135. Het wijzigen van overeenkomsten en de werking van redelijkheid en billijkheid
136. Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen
137. Nieuw verzekeringsrecht praktisch belicht
138. Het civiele hoger beroep
139. Goederen met negatieve waarde in het Nederlandse vermogensrecht
140. Zorgplichten in de effectenhandel
141. Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen
142. Mobiliteit van goederen in het IPR
143. Algemene voorwaarden
144. Contractsoverneming
145. Onrechtmatige overheidsbesluiten
146. De positie van het zeeschip in het internationaal privaatrecht
147. De Europese coöperatieve vennootschap (SCE)
148. Gewogen rechtsmacht in het IPR
149. De overeenkomst van Internet Service Providers met consumenten
150. Toegang tot het recht bij massaschade
151. Ontbinding, schadevergoeding en nakoming
152. Toepasselijkheid van algemene voorwaarden
153. Levering van roerende zaken
154. De afkoelingsperiode in faillissement
155. Huurrecht algemeen
156. Staatsaansprakelijkheid wegens schending van Europees Gemeenschapsrecht
157. De kwaliteitsrekening
158. Alternatieven voor zekerheid op bankrekeningen
159. Forumkeuze in het Nederlandse internationaal privaatrecht
160. Wsnp en goede trouw
161. Conformiteit bij koop
162. De bevrijdende verjaring

- 163. IPR-bewijsrecht en bewijsverkrijging
- 164. Schadevaststelling en de rol van de deskundige
- 165. Het deskundigenadvies in de civiele procedure
- 166. De gewone rechter en de bestuursrechtspraak
- 167. De grenzen van het recht op nakoming
- 168. Sport en Mededingingsrecht
- 169. Van geschil tot oplossing
- 170. Bedrijfsovername en milieurecht
- 171. De Wbp en de vennootschap
- 172. Onrechtmatige wetgeving
- 173. Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden
- 174. Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht

