

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

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 vermeederen (art. 283 Rv). Dat moet in beginsel schriftelijk en de belanghebbende moet zijn verschenen. Onder omstandigheden kan die verandering of vermeedering 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 verstrekkende 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.), *Onverwijldde 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 schuldhulpverlening.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 Elektricitetswet 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 schuldhulpverlening 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.wsnp.rvr.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 Blaauij 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.