

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

5 | De gedwongen schuldregeling

5.1 Inleiding

Per 1 januari 2008 is met de invoering van wetsvoorstel 29 942 een bijzonder artikel, art. 287a, aan de Faillissementswet toegevoegd. Het is een bijzondere bepaling omdat deze niet de insolventieprocedure als zodanig betreft noch het veiligstellen van de kansen op een goed doorlopen van een dergelijke procedure, zoals art. 287 lid 4 beoogt. Art. 287a biedt de schuldenaar de mogelijkheid schuldeisers in een eenvoudige procedure bij de insolventierechter tot medewerking aan een buitengerechtelijk akkoord dwingen. Het resultaat: een dwangakkoord, dwangregeling of gedwongen schuldregeling. Laatstgenoemde term wordt hierna gebruikt omdat in art. 287a lid 1 de termschuldregeling wordt gebruikt.

Met de invoering van art. 287a werd beoogd het minnelijke traject te versterken omdat het mogelijk werd schuldeisers die ten onrechte weigerden mee te werken aan een buitengerechtelijk akkoord te kunnen dwingen tot medewerking.¹ Een schuldeiser kan tot die deelname worden gedwongen als hij ‘(...) in redelijkheid niet tot weigering van instemming met de schuldregeling heeft kunnen komen, in aanmerking genomen de onevenredigheid tussen het belang dat hij heeft bij uitoefening van de bevoegdheid tot weigering en de belangen van de schuldenaar of van de overige schuldeisers die door die weigering worden geschaad.’ Zie art. 287a lid 4. Dit criterium komt vrijwel geheel overeen met het in art. 3:13 lid 2 BW beschreven voorbeeld van misbruik van bevoegdheid en wordt het onevenredigheids criterium genoemd. Het in art. 287a gegeven criterium verschilt in die zin met het in art. 3:13 lid 2 BW gegeven voorbeeld dat in art. 287a de belangen van de ‘overige schuldeisers’ genoemd worden.² De bepaling codificeert in hoge mate toen (vóór 1 januari 2008 daterende) gangbare rechtspraak waarin een weigerende schuldeiser op grond van dit criterium werd gedwongen mee te doen aan een onderhands akkoord (minnelijke schuldregeling).³ Het vernieuwende van art. 287a is gelegen in de keus voor de gespecialiseerde ‘insolventierechter’ en de goedkope, eenvoudige en snelle rechtsgang die is ingebed in de procedure leidende tot

¹ *Kamerstukken II* 2004/05, 20 042, nr. 3.

² Zie over die rechtspraak Wessels *Insolventierecht* VI 2012/6201 e.v. en Van der Heiden 2008.

³ De term niet-instemmende schuldeiser is eigenlijk beter. Desondanks wordt aangesloten bij de wettelijke terminologie.

toelating tot de schuldsaneringsregeling. Nieuw is ten slotte dat de belangen van overige schuldeisers (kunnen) meewegen.

In de Monitor Wsnp over 2012 is het aantal 287a-verzoeken in de periode van 2008 tot en met 2012 vermeld. Het aantal 287a-verzoeken is na een aarzelend begin in de eerste twee jaren sterk gestegen. Afgezet tegen het totaal aantal Wsnp-verzoeken (17.575 in 2013) en toelatingen tot de schuldsaneringsregeling (12.356) gaat het om relatief kleine aantallen.⁴ Mogelijk heeft het bestaan van art. 287a wel invloed op het ‘slagingspercentage’ in het minnelijke traject, maar daarover is geen onderzoek bekend.

Beslissingen op 287a-verzoeken 2009 tot en met 2013⁵

	2009		2010		2011		2012		2013	
	Aantal	%	Aantal	%	Aantal	%	Aantal	%	Aantal	%
Afwijzing	154	23%	263	27%	343	24%	342	20%	321	20%
Intrekking	274	40%	369	37%	567	41%	711	41%	759	46%
Niet-ontvankelijk-verklaring	30	4%	19	2%	74	5%	107	6%	74	5%
Toekenning	226	33%	339	34%	414	30%	558	33%	490	30%
Totaal ingediend	682		1.108		1.457		1.750		1.790	
Index	100		162							

Het overzicht laat zien dat de percentages van de mogelijke beslissingen op het 287a-verzoek vrij constant zijn, met dien verstande dat het percentage intrekkingen over 2013 is gestegen. Uit de Monitor Wsnp blijkt dat het aantal 287a-verzoeken per rechtbank zeer sterk verschilt.⁶

Ik zal in dit hoofdstuk eerst de achtergrond en ontstaansgeschiedenis van de gedwongen schuldregeling en de vóór 2008 bestaande jurisprudentie bespreken.⁷ Daarbij komen het leerstuk van misbruik van recht of bevoegdheid en het zogeheten Payroll-arrest van de Hoge Raad aan de orde. In dat arrest, dat na indiening van het wetsvoorstel 29 942 is gewezen, geeft de Hoge Raad in heel algemene bewoordingen aan wanneer een weigerende schuldeiser kan worden bevolen mee te werken aan een hem aangeboden schuldregeling. In par. 5.3 en 5.4 wordt de procedure van art. 287a beschreven. Daarbij komt aan de orde hoe verstekzaken beoordeeld moeten worden. In dat kader wordt kort ingegaan op het karakter van het in art. 287a genoemde beoordelingscriterium. In par. 5.5 wordt ingegaan op de formele aspecten van dit criterium. Het beoordelingscriterium wordt in de praktijk stevast geconcretiseerd in een aantal deelvragen of ‘sub-eisen’. Dit betreft allereerst de eis dat een volledig Wsnp-verzoek beschikbaar moet zijn. Deze wordt, als zijnde een eis van formele aard, besproken. Ten tweede geldt dat het

⁴ Monitor Wsnp, Negende meting 2013, p. 10 en 13.

⁵ Monitor Wsnp, Tiende meting 2014, p. 92.

⁶ Monitor Wsnp, Negende meting 2013, p. 76 en Monitor Wsnp, Tiende Meting 2014, p. 92/93.

⁷ Voor de uitleg van wetgeving is deze, zeker nu het om een ‘jonge’ wetsbepaling gaat, van belang. Ik teken daarbij aan dat een grote mate van vrijheid bestaat ten aanzien van de vraag welke betekenis aan die geschiedenis toekomt. Zie W. Snijders, ‘Parlementaire geschiedenis: zin en onzin’, *WPNR* 2008, 6744.

voorstel aan de schuldeisers kwalitatief goed moet zijn. De kwaliteit van het voorstel wordt beoordeeld aan de hand van een drietal subcriteria: het voorstel moet goed en betrouwbaar gedocumenteerd zijn, zijn getoetst door een onafhankelijke en deskundige partij en het moet het uiterste zijn waartoe de schuldenaar financieel in staat moet worden geacht. Dit onderzoek is beperkt tot de eerste twee subcriteria omdat de vraag of het aanbod het uiterste is waartoe de schuldenaar financieel in staat wordt geacht een inhoudelijke beoordeling van het aanbod zelf betreft. Een volledige bespreking van (de uitwerking van) het beoordelingscriterium valt buiten het kader van dit onderzoek. Nader onderzoek is wel gewenst. In par. 5.6 en 5.7 wordt aandacht besteed aan het vonnis en de daartegen in te stellen rechtsmiddelen. In par. 5.8 wordt het functioneren van art. 287a onderzocht en worden de grenzen van het toepassingsgebied van art. 287a verkend. Het hoofdstuk sluit af met conclusies en aanbevelingen.

5.2 Achtergrond en ontstaansgeschiedenis

5.2.1 *De minnelijke schuldregeling en de gedwongen schuldregeling*

Een schuldenaar die zich geconfronteerd ziet met schulden die hij niet of niet binnen een overzienbare termijn kan aflossen, zal deze schuldenlast willen saneren door zijn schuldeisers een regeling aan te bieden. Voor een dergelijke regeling worden in de literatuur en rechtspraak verschillende termen gebruikt, zoals buitengerechtelijke schuldregeling, minnelijke (schuld)regeling of onderhands akkoord. De term minnelijke schuldregeling wordt hierna gebruikt voor het geval de schuldenaar zonder hulp van de rechter een regeling met zijn schuldeisers treft. Een dergelijke schuldregeling is in feite een overeenkomst tussen een schuldenaar en (een of meer van) zijn schuldeisers. In de praktijk wordt vrijwel steeds gestreefd naar een overeenkomst met alle schuldeisers omdat pas dan van werkelijke schuldsanering sprake is. Soedira stelt dat alleen van een minnelijke schuldregeling kan worden gesproken indien het aan alle schuldeisers wordt aangeboden (zoals ten aanzien van de dwangakkoorden in insolventies geldt).⁸ Een aanbod aan alle schuldeisers is daarentegen volgens Wessels niet altijd noodzakelijk.⁹

Het onderhands akkoord is een meerzijdige overeenkomst (art. 6:216 BW). Vragen rond de totstandkoming en uitvoering van een minnelijke schuldregeling moeten worden beantwoord aan de hand van het (algemene) verbintenissenrecht.¹⁰ In het verbintenissenrecht wordt aangenomen dat een schuldeiser met een aanbod moet instemmen. Dat geldt eveneens bij de totstandkoming van een onderhands akkoord. Schuldeisers die niet met het aanbod instemmen zijn daarom, bijzondere gevallen daargelaten, niet gebonden. Dit vormt een grote belemmering voor de schuldenaar om van zijn (grote) schuldenlast bevrijd te worden dan wel om

⁸ Soedira in haar noot onder Rb. Almelo 4 februari 1998, JOR 1998, 66. Minder stellig Soedira, diss. 2011, p. 265.

⁹ B. Wessels, 'Dwangdeelname aan een onderhands akkoord', Ondernemingsrecht 1999/14, p. 384-390.

¹⁰ Hof 's-Hertogenbosch 27 oktober 1997, JOR 1998, 65.

deze tot overzienbare omvang terug te brengen. Reeds in 1835 is een voorstel gedaan tot een wettelijke regeling van de minnelijke schuldregeling, inhoudende de mogelijkheid van homologatie van een dergelijke schuldregeling. Nadien zijn in de literatuur diverse voorstellen gedaan, maar deze hebben niet tot wetgeving geleid.¹¹ Ook het Voorontwerp Insolventiewet bevat een regeling voor het akkoord buiten insolventie en de homologatie daarvan.¹² De behoefte aan een regeling van de minnelijke schuldregeling kan voorts worden afgeleid uit de vooral sinds ongeveer 1990 overvloedige jurisprudentie. Uit deze rechtspraak blijkt dat het onder omstandigheden mogelijk is weigerende schuldeisers te dwingen mee te doen aan een minnelijke schuldregeling. Het betreft vooral uitspraken in kort geding.¹³ Daarbij werden door de schuldenaren diverse grondslagen voor de vordering (tot medewerking aan een schuldregeling) gekozen zoals onrechtmatige daad, handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid en misbruik van bevoegdheid. Een groot aantal feiten en omstandigheden is blijkens deze uitspraken van belang bij de beoordeling van dergelijke vorderingen. In de rechtspraak is daarom behoefte ontstaan aan meer duidelijkheid op dit punt.¹⁴ Van der Heiden heeft op basis van 17 uitspraken van lagere rechters een opsomming van een aantal toetsingscriteria ontwikkeld.¹⁵ Deze opsomming is – onder uitdrukkelijke verwijzing naar Van der Heiden – overgenomen in een uitspraak van de Rechtbank Almelo die later veel is geciteerd en een belangrijke plaats heeft ingenomen in de totstandkomingsgeschiedenis van art. 287a.¹⁶

Het gaat in die uitspraak van de Rechtbank Almelo om de volgende criteria:

- a. dat een schuldsaneringsvoorstel behoorlijk onderbouwd moet zijn en vergezeld moet gaan van justificatoire bescheiden en aldus een volledig inzicht geeft in de schuld- en vermogenspositie van de debiteur; op grond daarvan dient het onder andere te bevatten een uitgebreide en gespecificeerde opgave van de activa en passiva, de wijze waarop (de) activa te gelde worden gemaakt, een specificatie van de middelen die beschikbaar zijn gesteld ter voorkoming van faillissement alsmede de herkomst daarvan,
- b. dat het voorstel inzicht geeft in het maximaal haalbare resultaat,
- c. dat het schuldsaneringsvoorstel wordt opgesteld en begeleid door een onafhankelijke deskundige,
- d. dat het aannemelijk moet zijn dat het niet bereiken van een minnelijke schuldregeling tot een faillissement zal leiden als gevolg waarvan de crediteuren (veel) minder zullen ontvangen,
- e. dat de schuldenaar zich aanzienlijke opofferingen heeft getroost of zal moeten getroosten, teneinde zijn schuldeisers zo optimaal mogelijk te voldoen,

11 Voor een overzicht zie Wessels Insolventierecht VI 2013/6219 e.v. Recent hebben Insolad en Vriesendorp nieuw voorstellen gedaan. Zie R.D. Vriesendorp, R.M. Hermans & K.A.J. de Vries, 'Wetsvoorstel tot aanpassing van de Faillissementswet door uitbreiding met titel IV', *TvI* 2013, 20 en www.insolad.nl onder publicaties.

12 Voorontwerp Insolventiewet 2007, deel 2, Titel 7 Voorzieningen buiten insolventie Afdeling 7.1 Akkoord buiten insolventie.

13 Voor een overzicht zie onder meer Wessels Insolventierecht VI 2013, par 6222 e.v. en Van der Heiden 2001, p. 6.

14 Soedira, diss. 2011 p. 267.

15 Van der Heiden 1997, p. 651.

16 Rb. Almelo 4 februari 1998, *LJN* AG3324, *JOR* 1998/66. Zie Pres. Rb. Zwolle 2 februari 2001, KG 2001, 136.

- f. dat de crediteuren gedurende het verzuim voortdurend op de hoogte worden gehouden van alle met betrekking tot hun vorderingen relevante ontwikkelingen,
- g. dat als gevolg van de sanering werkgelegenheid behouden blijft,
- h. dat vergelijkbare crediteuren gelijk behandeld worden, althans dat in het akkoord gemotiveerd wordt waarom bepaalde crediteuren boven andere crediteuren bevoordeeld worden,
- i. dat een gekwalificeerde meerderheid van crediteuren het aangeboden akkoord aanvaardt.

Met deze criteria wordt aangehaakt bij het gerechtelijke akkoord zoals neergelegd in de Faillissementswet. Kenmerkend voor die regeling is immers dat de activa van de gefailleerde/schuldenaar door een onafhankelijke curator of bewindvoerder in kaart zijn gebracht en (in beginsel) te gelde zijn gemaakt, dat het akkoord objectief wordt getoetst met behulp een advies van de curator ex art. 140 en dient te worden goedgekeurd (gehomologeerd) door de rechter.

Wessels acht volledige aansluiting bij de regels uit de Faillissementswet niet wenselijk.¹⁷ Van der Heiden pleit daar wel min of meer voor, met dien verstande dat de publicatieverplichting – die hij voor veel schuldenaren belastend acht – niet geldt.¹⁸

Ik zal hierna kort weergeven hoe de onder a, c en f. genoemde criteria in de jurisprudentie van vóór 2008 en de literatuur zijn uitgewerkt, aangezien deze criteria een rol spelen in de fase voorafgaand aan het indienen van een 287a-verzoek. De overige omstandigheden betreffen de belangenafweging als zodanig en daarmee de inhoudelijke beoordeling van het verzoek. Die valt buiten het kader van dit onderzoek.

De onderbouwing en documentering van het aanbod (a.)

Van der Heiden noemt in dit verband een opgave van de waarde van de activa onder verwijzing naar waarderingsrapporten of verzekeringspolissen respectievelijk de stukken die de passiva aannemelijk maken, een gespecificeerde verdeling van de activa en – in het geval de schuldenaar ondernemer is – de jaarstukken van de schuldenaar.¹⁹ Tevens moet worden toegelicht op welke wijze activa te gelde zijn gemaakt. Dit lijkt een goed en praktisch uitgangspunt.

Opstelling door onafhankelijk deskundige (c.)

In diverse uitspraken (van vóór 2008) wordt de eis gesteld dat het aanbod is opgesteld en begeleid door een onafhankelijke deskundige. Een gemeentelijke kredietbank wordt over het algemeen als voldoende onafhankelijk en deskundig beschouwd. Een advocaat wordt in veel uitspraken niet als zodanig gezien omdat hij geacht wordt primair de belangen van zijn cliënt te behartigen en niet tot taak heeft vanuit het belang van de crediteuren na te gaan of het aangeboden akkoord werkelijk het uiterste is dat voor crediteuren bereikbaar is.²⁰ Rechtbank Groningen

¹⁷ Zie Wessels Insolventierecht VI 2013/6223 en 6230. Volledige aansluiting bij de regeling voor het (dwang) akkoord in faillissement en surseance van betaling acht hij niet wenselijk.

¹⁸ Van der Heiden 2008, p. 166.

¹⁹ Rb. Haarlem 3 augustus 1993, *Prg.* 1993, 3993, m.nt. A.J.J. Heiden en Van der Heiden 2008, p. 159.

²⁰ Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 8 november 1994, *L/JN* AH4787, *KG* 1994, 448. Voor meer jurisprudentie Wessels Insolventierecht VI 2013/6230.

oordeelde daarentegen dat niet was gebleken dat de advocaat van de schuldenaar en de bedrijfsadviseur zich onvoldoende onafhankelijk hadden opgesteld.²¹ Van der Heiden adviseert om, als er geen externe deskundige is ingeschakeld, de vermogensopstelling te laten maken of controleren door een externe deskundige.²² Hierna zal blijken dat deze vraag tevens in de art. 287a-jurisprudentie speelt.

Op de hoogte houden van de crediteuren van alle relevante ontwikkelingen (f.)
Deze omstandigheid wordt slechts genoemd in een uitspraak van de kantonrechter te Apeldoorn.²³ In die uitspraak weegt ten gunste van de schuldenaren (een vennootschap onder firma en haar vennoten) mee dat zij de betrokken schuldeisers op de hoogte hadden gehouden van relevante ontwikkelingen. Het bevestigt het in par. 2.2 genoemde belang van overleg tussen partijen in de zogeheten voorfase.

5.2.2 *De inhoud van de minnelijke schuldregeling in de schuldsaneringspraktijk*

In de schuldsaneringspraktijk gelden twee vaste uitgangspunten. Het aanbod wordt aan alle schuldeisers gedaan en zij worden daarbij in twee groepen ingedeeld te weten de concurrente en de preferente schuldeisers. De preferente schuldeisers wordt vrijwel steeds betaling van een twee keer zo hoog percentage van hun vordering aangeboden als de concurrente schuldeisers.

Uit de jurisprudentie blijkt dat er (grofweg) twee soorten onderhandse akkoorden bestaan, te weten het percentageakkoord en het liquidatieakkoord. Het percentageakkoord komt verreweg het meest voor. Er zijn twee (hoofd)vormen. De meest bekende vorm van een percentageakkoord houdt in dat schuldeisers betaling ineens van een percentage van hun vordering wordt aangeboden. Dit akkoord wordt veelal gefinancierd doordat de schuldenaar een saneringskrediet afsluit. Een dergelijk akkoord is vergelijkbaar met het klassieke percentageakkoord in insolventies. In een faillissementssituatie wordt eveneens aan de schuldeisers met een preferente vordering betaling van een dubbel percentage van de vordering aangeboden, hetgeen valt terug te voeren op de Leidraad Invordering 1990. In die Leidraad was als voorwaarde voor medewerking aan een gerechtelijk of een buitengerechtelijk akkoord onder meer de eis gesteld dat de ontvanger als preferent schuldeiser op zijn vorderingen ten minste het dubbele percentage dient te ontvangen van hetgeen de concurrente schuldeisers op hun vorderingen krijgen uitgekeerd. Deze Leidraad is inmiddels vervangen door de Leidraad Invordering 2008. Zie art. 26.3.5 Leidraad Invordering 2008.²⁴

Bij de tweede vorm van een percentageakkoord doet de schuldenaar een zogeheten prognoseaanbod, ook wel een prognoseakkoord genoemd. Dit houdt in dat is uitgerekend wat de schuldenaar – uitgaande van de financiële situatie

21 Rb. Groningen 2 augustus 1996, *TvI-Nieuwsbrief* 1996, p. 56.

22 Zie Van der Heiden 2008, p. 161.

23 Ktg. Apeldoorn 20 november 1996, *Prg.* 1997, 4823.

24 Zie verder Wessels *Insolventierecht* VI 2013/6046 e.v.

van dat moment – gedurende 36 maanden kan sparen.²⁵ Aan de hand van dit bedrag wordt een prognose (percentage) aangeboden. Dit bedrag (en percentage) kan dus afwijken van het uiteindelijk te sparen bedrag. De schuldhulpverlener houdt toezicht op de maandelijkse afdrachten. In beginsel vindt elk jaar, na aftrek van de kosten, veelal 9% van het gespaarde bedrag, een uitkering plaats.

Het liquidatieakkoord wordt genoemd in art. 313 j° 50.²⁶ Daarin is vermeld dat rechtsvorderingen op grond van de Pauliana (art. 42-48) door de homologatie van het akkoord vervallen, ‘tenzij het akkoord boedelafstand inhoudt, in welk geval zij ten behoeve van de schuldeisers vervolgd of ingesteld kunnen worden door de vereffenaars’. Dit akkoord wordt niet nader uitgewerkt, maar uit deze bepaling kan wel worden afgeleid dat bij een liquidatieakkoord de vereffening door – in dit geval – de bewindvoerder wordt vervangen door een contractuele vereffening. De boedel wordt daarbij door de schuldenaar ter beschikking gesteld aan zijn schuldeisers om door een aangewezen vereffenaar te worden afgewikkeld en om de opbrengst onder hen te verdelen, welke rechtshandeling tegenover ieder werkt.²⁷ Die vereffenaar kan eenieder zijn, maar het ligt het meest voor de hand dat dat (bij natuurlijke personen) de schuldhulpverlener is.

Bij beide vormen van een minnelijke schuldregeling is het uitgangspunt steeds dat dit aanbod tegen finale kwijting wordt gedaan. Voor de wettelijke akkoorden geldt dat de overgebleven niet-voldane gedeelten als natuurlijke verbintenissen gelden. In geval van een buitengerechtelijke regeling mag dit niet zonder meer worden aangenomen. Hierbij geldt dat beantwoording van deze vraag een kwestie van uitleg van de overeenkomst is.²⁸

Schuldeisers aan wie het aanbod voor de minnelijke schuldregeling niet is gedaan zijn, anders dan bij wettelijke akkoorden (art. 157 en 340 lid 2), niet gebonden. Zij zijn immers geen partij geworden bij de met andere schuldeisers tot stand gekomen meerpartijenovereenkomst.

5.2.3 *De ontstaansgeschiedenis van art. 287a*

Eén van de doelstellingen van de schuldsaneringsregeling was het stimuleren van het tot stand komen van een minnelijke schuldregeling tussen de schuldenaar en zijn schuldeisers. Al kort na invoering van de schuldsaneringsregeling bleek dat genoemde doelstelling niet gehaald werd. De bereidheid van schuldeisers met een minnelijke schuldregeling in te stemmen nam met de invoering van de schuldsaneringsregeling zelfs zeer sterk af. Die afnemende bereidwilligheid hing onder meer samen met het grote vertrouwen dat schuldeisers hadden (en hebben) in de bewindvoerder en het toezicht op die bewindvoerder door rechters-commissarissen. Het wettelijke traject pakte in sommige gevallen bovendien gunstiger uit voor schuldeisers dan het minnelijke traject.²⁹ Dit hield vaak verband met de liquidatie van vermogensbestanddelen in de schuldsaneringsregeling,

²⁵ Soms wordt een langere termijn genomen.

²⁶ A.R. van der Winkel, ‘Een liquidatieakkoord in een schuldsaneringsregeling’, *TvS* 2000/5, p. 1 e.v.

²⁷ HR 30 januari 1920, *NJ* 1920/232.

²⁸ Soedira, diss. 2011, p. 262 e.v.

²⁹ Het slagingspercentage in het minnelijke traject daalde sterk. Genoemd wordt een percentage van 53% in 1992 en nog slechts 20% in 2002, zie Schruer, ‘Wspn: toekomst minnelijk en wettelijk traject’ (Verslag congres 17 juni 2003- Amsterdam), *TvS* 2003/4, p. 7.

welke liquidatie in een minnelijk traject vaak achterwege blijft. Uit het onderzoek van Huls en Schellekens bleek dat schuldeisers er soms op uit leken te zijn de schuldsaneringsregeling te gebruiken om hun schuldenaren dwars te zitten, als straf voor de financiële schade die ze hadden veroorzaakt.³⁰ Deze en andere knelpunten kwamen al bij een eerste evaluatie van de wet in 2001³¹ naar voren en werden vanaf begin 2003 steeds sterker voelbaar.³² Daarop is door de minister een spoedadvies aan een subcommissie van de commissie insolventierecht gevraagd. De commissie kwam in haar advies onder meer tot de conclusie dat een (duidelijker) uitgangspunt moest zijn dat de schuldenproblematiek de verantwoordelijkheid is van schuldenaren én van schuldeisers.³³ Van de schuldeiser mag, aldus de commissie, worden verlangd dat hij het minnelijke traject een serieuze kans geeft en niet op onredelijke gronden medewerking aan een aangeboden schuldregeling weigert. De (sub)commissie heeft tegen die achtergrond aangedrongen op een gedwongen schuldregeling, zoals voorgesteld in artikel 287a³⁴ en zoals bepleit in de literatuur.³⁵ Art. 287a dient aldus het minnelijke traject verder te versterken.

Kern van het artikel is het in lid 5 genoemde criterium: 'De rechtbank wijst het verzoek toe indien de schuldeiser in redelijkheid niet tot weigering van instemming met de schuldregeling heeft kunnen komen, in aanmerking genomen de onevenredigheid tussen het belang dat hij heeft bij uitoefening van de bevoegdheid tot weigering en de belangen van de schuldenaar of van de overige schuldeisers die door die weigering worden geschaad.'

Vergelijking van deze tekst met art. 3:13 BW leert dat dit criterium grotendeels overeenkomt met lid 2 van die bepaling (art. 3:13 BW) waarin is omschreven in welke gevallen sprake is van misbruik van bevoegdheid. De tekst van art. 3:13 lid 2 luidt als volgt: 'Een bevoegdheid kan onder meer worden misbruikt (...) in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.' Waar art. 3:13 lid 2 BW de door de uitoefening van de bevoegdheid geschade belangen in zijn algemeenheid vermeldt, worden in art. 287a de belangen van de schuldenaar of van de overige schuldeisers genoemd. Dit kan worden gezien als een concretisering van die in 3:13 lid 2 BW in het algemeen omschreven, geschade belangen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt niet waarom er staat: 'de belangen van de schuldenaar of van de overige schuldeisers'. Met het woord 'of' wordt mijns inziens tot uitdrukking gebracht dat bedoelde onevenredigheid hetzij het belang van de schuldenaar hetzij die van de overige schuldeisers kan betreffen.

30 Huls & Schellekens, *Je ziet de gaten in hun handen: de eerste ervaringen van rechtbanken en gerechtshoven met de toepassing van de Wet schuldsanering natuurlijke personen*, Lemma 2001, p. 44.

31 Jungmann, Niemeijer & Ter Voert, *Van schuld naar schone lei. Evaluatie Wet Schuldsanering natuurlijke personen*, 's-Gravenhage 2010: WODC- reeks Onderzoek & Beleid nummer 192 (zie voor tekst op www.wodc.nl). Zie M. ter Voert c.s., 'Van schuld naar schone lei: de Wsnp geëvalueerd', *TvS* 2001/3, p. 1 e.v.

32 Aldus de bewindsman in de MvT, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 942 nr. 3 p. 1 en 2. Zie ook: A.M.J. Buchem-Spapens & Th. A. Pouw, *Faillissement, surseance van betaling en schuldsanering*, Monografieën Privaatrecht 2 2008, p. 123.

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

34 In feite betrof dit een beleidsvoornemen dat al naar aanleiding van de eerste evaluatie van de Wsnp (WODC rapport «Van schuld naar schone lei» uit 2001, p. 68071 en 188) is genoemd. De minister heeft invoering daarvan toegezegd in zijn brief van 27 februari 2002 (*Kamerstukken II* 2001/02, 28 258, nr. 1, p. 4).

35 Zie onder andere: B.J. Engberts, 'Het eerste lustrum van de Wsnp: geen feeststemming (2)', *TvS* 2004/2, p. 14 e.v. en E.J. Cillekens, 'Dwangakkoord in de minnelijke regeling', *TvS* 2003/5, p. 1 e.v.

Er is uitdrukkelijk voor gekozen de regeling van 287a niet verder uit te werken en dus geen nadere criteria te noemen. Wel is – onder verwijzing naar twee uitspraken in kort geding³⁶ – een groot aantal uit de kortgedingjurisprudentie afkomstige, van belang zijnde omstandigheden opgesomd.³⁷ Het gaat om de volgende omstandigheden:

- a. Is het schikkingsvoorstel door een onafhankelijke en deskundige partij getoetst (bijvoorbeeld een gemeentelijke kredietbank)?
- b. Is het schikkingsvoorstel goed en betrouwbaar gedocumenteerd?
- c. Is voldoende duidelijk gemaakt dat het aanbod het uiterste is waartoe de schuldenaar financieel in staat moet worden geacht?
- d. Biedt het alternatief van faillissement of schuldsanering enig uitzicht voor de schuldenaar?
- e. Biedt het alternatief van faillissement of schuldsanering enig uitzicht voor de schuldeiser? Hoe groot is de kans dat de weigerende schuldeiser dan evenveel of meer zal ontvangen?
- f. Is aannemelijk dat gedwongen medewerking aan een schuldregeling voor de schuldeiser concurrentieverstorend werkt?
- g. Bestaat er precedentwerking voor vergelijkbare gevallen?
- h. Wat is de zwaarte van het financiële belang dat de schuldeiser heeft bij volledige nakoming?
- i. Hoe groot is het aandeel van de weigerende schuldeiser in de totale schuldenlast?
- j. Staat de weigerende schuldeiser alleen naast de overige met de schuldregeling instemmende schuldeisers?
- k. Is er eerder een minnelijke of een gedwongen schuldregeling geweest die niet naar behoren is nagekomen?

Er zijn niet bij voorbaat categorieën van schuldeisers uitgesloten, noch is er voor bepaalde categorieën schuldeisers een bijzondere regeling opgenomen.³⁸ Het verzoek moet worden gedaan in het Wsnp-verzoek zelf. De minister heeft meermalen benadrukt dat een compleet verzoek moet worden ingediend.³⁹

Dwang bij deelname aan een akkoord kende de Faillissementswet al. Met de invoering van de schuldsaneringsregeling in 1998 werd de mogelijkheid van een door de rechter bevolen (dwang)deelname aan een schuldregeling geïntroduceerd in de Faillissementswet. Op grond van art. 332 lid 3 kan de rechter-commissaris bij beschikking namelijk een in een schuldsaneringsregeling aangeboden akkoord vaststellen als ware het aangenomen. Hij is daartoe bevoegd als (a) drie vierde van de schuldeisers van vorderingen waaraan voorrang is verbonden en drie vierde van de concurrente schuldeisers voor het akkoord hebben gestemd; en (b) de verwerping van het akkoord het gevolg is van het tegenstemmen van een of meer schuldeisers die, alle omstandigheden in aanmerking genomen en in het bijzonder het percentage dat die schuldeisers, zou de toepassing van de schuldsaneringsregeling worden voortgezet, naar

36 Rb. Almelo 4 februari 1998, *LJN* AG3324, *JOR* 1998, 66, m.nt. Soedira en Rb. Zwolle-Lelystad 2 februari 2001, *LJN* AH8399, *KG* 2001, 136.

37 *Kamerstukken II* 29 942, nr. 3, p. 18.

38 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 942, nr. 7, p. 76.

39 *Kamerstukken I* 2006/07, nr. C, p. 6 en *Handelingen I* 2006/07, 30, p. 957.

verwachting aan betaling op hun vorderingen zullen ontvangen, in redelijkheid niet tot dit stemgedrag hebben kunnen komen. De wetgever is tot deze mogelijkheid gekomen doordat in de praktijk soms een enkele schuldeiser het aannemen van een akkoord kan blokkeren. De minister verwees destijds, bij de toelichting op het voorgestelde art. 332, naar jurisprudentie inzake een vordering tot deelname aan een minnelijke schuldregeling, welke jurisprudentie de wetgever nadien inspireerde tot de introductie van art. 287a.⁴⁰ Er zijn enkele uitspraken waarin de rechter art. 332 lid 3 toepast.⁴¹ Benedictus stelt voor de stemming in twee groepen – die van de concurrente schuldeisers en die van de preferente schuldeisers – los te laten en ook over een tijdens de schuldsaneringsregeling aangeboden akkoord in één groep te stemmen.⁴² Een voortgaande wisselwerking tussen beide regelingen/praktijken valt aldus waar te nemen.

Als een 287a-verzoek wordt toegewezen, beveelt de insolventierechter de schuldeiser met de schuldregeling in te stemmen. Art. 287a lid 5 verklaart daarbij art. 3:300 BW van toepassing. Op grond van deze bepaling kan de rechter op vordering van een gerechtigde bepalen dat diens uitspraak dezelfde kracht heeft als een akte van de schuldeiser die tot de rechtshandeling is gehouden. De van toepassing verklaring van art. 3:300 BW betekent dat het vonnis van de insolventierechter in de plaats komt van de instemming van de schuldeiser.

Op het moment dat wetsvoorstel 29 942 (met daarin art. 287a) aanhangig was bij de Tweede Kamer wees de Hoge Raad een arrest waaruit een zeer terughoudende opstelling ten aanzien van vorderingen tot het opleggen van een gedwongen schuldregeling blijkt. In dit zogeheten Payroll-arrest van de Hoge Raad van 12 augustus 2005⁴³ ging het om een ondernemer, G., die na staking van zijn onderneming nog een schuldenlast van ongeveer € 470.000,- had. Hij deed een aanbod aan zijn schuldeisers inhoudende dat 6,99% van de hoofdsom zou worden betaald tegen finale kwijting. Van de 51 schuldeisers weigerden tien op dit aanbod in te gaan. Eén van hen was de besloten vennootschap Directors Cast & Crew Payroll Services BV (Payroll). G. vorderde vervolgens in kort geding dat Payroll zou worden bevolen akkoord te gaan met voornoemd aanbod. Die vordering werd door de voorzieningenrechter en het hof afgewezen, waarna G. beroep in cassatie instelde. Deze casus is niet direct vergelijkbaar met een 287a-verzoek nu slechts één van de tien weigerende schuldeisers in rechte werd betrokken. Toch is het arrest van de Hoge Raad van groot belang omdat de Hoge Raad in zeer algemene bewoordingen overweegt onder welke omstandigheden een schuldeiser wel (en niet) kan worden gedwongen in te stemmen met een door de schuldenaar aangeboden akkoord. Het arrest spreekt voor zich en is zo duidelijk dat enkele passages daaruit worden geciteerd:

‘(...) Bij een buitengerechtelijk akkoord als het onderhavige, op de totstandkoming waarvan de gewone regels van het verbintenissenrecht van toepassing zijn, staat het een schuldeiser in beginsel vrij het hem door de schuldenaar

40 *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 54.

41 Per 15 januari 2005 (Wet van 24 november 2004, Stb. 2004, 615) heeft de rechter-commissaris bij faillissementsakkoorden eveneens een vaststellingsbevoegdheid (in de zin van art. 332 lid 4), zie art. 146.

42 Benedictus, ‘Reorganisatie onderneming via Wsnp. Deel 3: Aanbieding akkoord’, *WP*, 2011/04, p. 19.

43 HR 12 augustus 2005, *LJN* AT7799, *NJ* 2006/230, m.nt. P. van Schilfgaarde. Zie voorts C.M. Harmsen, noot bij HR 12 augustus 2005, *JOR* 2005, 257, *TvI* 2006, 22, p. 103 en B. Wessels, Buitengerechtelijk Schuldeisersakkoord, in: ‘10 jaar «JOR» Alsnog geannoteerd’, Den Haag, SDU, 2006, p. 182 e.v.

aangeboden akkoord – dat inhoudt dat hij slechts een (beperkt) deel van zijn vordering betaald krijgt en voor het restant afstand doet van zijn recht op voldoening – te weigeren. Dit kan uitzondering lijden indien de uitoefening van deze bevoegdheid wordt misbruikt (art. 3:13 BW) en de schuldeiser aldus naar redelijkheid aanvaarding van het aanbod niet had kunnen weigeren. (...) Tegenover het belang van de schuldeiser bij voldoening van zijn vordering door verhaal op alle goederen van zijn schuldenaar, zal het belang van de schuldenaar dat door de instemming van de in het geding betrokken schuldeiser met het akkoord de mogelijkheid bestaat dat een faillissement, surseance van betaling of schuldsaneringsregeling wordt voorkomen doorgaans niet zwaar genoeg wegen, terwijl in beginsel van de individuele schuldeiser niet behoeft te worden gevergd dat deze het belang laat prevaleren dat de schuldenaar beoogt te behartigen, namelijk dat hij (sneller) van zijn bestaande schuldenlast wordt bevrijd indien alle schuldeisers met het buitengerechtelijk akkoord instemmen. Daarbij moet worden bedacht dat tot de belangen die aan de zijde van de schuldeiser een rol kunnen spelen behoort dat bij een buitengerechtelijk akkoord de waarborgen ontbreken die de Faillissementswet biedt met betrekking tot de vaststelling van en het toezicht op de vermogenspositie van de schuldenaar door de curator of de bewindvoerder en de rechter-commissaris.

Uit het voorgaande volgt dat bij de toewijzing van een vordering tot medewerking aan een buitengerechtelijk akkoord terughoudendheid geboden is en dat slechts onder zeer bijzondere omstandigheden plaats kan zijn voor een bevel aan een schuldeiser om aan de uitvoering van een hem aangeboden akkoord mee te werken. Het ligt in beginsel op de weg van de schuldenaar die zodanige medewerking in rechte wenst af te dwingen de specifieke feiten en omstandigheden te stellen en, zo nodig, te bewijzen, waaruit kan worden afgeleid dat de schuldeiser naar redelijkheid niet tot weigering van instemming met het akkoord heeft kunnen komen.'

De Hoge Raad gaf aldus in zeer algemene en duidelijke bewoordingen aan dat een schuldeiser niet snel misbruik van bevoegdheid maakt als hij een aanbod voor een minnelijke schuldregeling afslaat. Over het Payroll-arrest in relatie tot art. 287a zijn tijdens de parlementaire behandeling van wetsontwerp 29 942 vragen gesteld. De minister heeft onder meer geantwoord dat het Payroll-arrest niet zou zijn gebaseerd op de regeling uit het wetsvoorstel maar op het algemene leerstuk van misbruik van bevoegdheid op basis van art. 3:13 BW.⁴⁴ Dat is op zich zelf wel juist, maar het criterium in art. 287a lid 5 is inhoudelijk vrijwel gelijk aan dat van art. 3:13 BW. Controlemiddelen als de postblokkade en het huisbezoek passen volgens de minister niet bij een meerpartijenovereenkomst als de minnelijke schuldregeling, aangezien die diep ingrijpen in de privacy van de schuldenaar. De schuldhelpverlener heeft het, aldus de minister, voor een belangrijk deel zelf in de hand dat het voorstel goed en betrouwbaar gedocumenteerd is en voldoende onderbouwd is dat het een uiterst aanbod is.⁴⁵ Daarmee is echter niet duidelijk geworden hoe controle plaatsvindt op de activa (bezittingen) en passiva (schuldenlast) van de schuldenaar.

⁴⁴ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 942, nr. 7, p. 76.

⁴⁵ *Kamerstukken I* 2006/07, 29 942, nr. C.

De minister heeft op vragen over het Payroll-arrest voorts gewezen op het feit dat de rechter bij verzoeken ex art. 287a over een volledig Wsnp-verzoek zou beschikken en koppelde daaraan de verwachting (en hoop) dat de insolventierechter tegen de achtergrond van een Wsnp-verzoek en met zijn kennis van de schuldenproblematiek meer ruimte zou zien om tot toewijzing van een verzoek tot oplegging van een schuldregeling over te gaan.⁴⁶

Nethe heeft uit de parlementaire behandeling afgeleid dat de wetgever, door aansluiting te zoeken bij de jurisprudentie gewezen vóór het Payroll-arrest, zich niet heeft willen conformeren aan de strenge door de Hoge Raad geformuleerde maatstaf voor toewijzing van een verzoek tot het opleggen van een dwangregeling.⁴⁷ Uit de hierna te bespreken jurisprudentie blijkt dat de verwachting van de minister dat de insolventierechter ruimte zou zien voor toewijzing van 287a-verzoeken vooralsnog is uitgekomen.⁴⁸

5.3 De bevoegde rechter

In de praktijk is dit de insolventierechter bij de rechtbank van de woonplaats van de schuldenaar. Kortheidshalve wordt verder verwezen naar hetgeen over de bevoegdheid van de rechter is uitgewerkt in par. 3.3.

5.4 De procedure

5.4.1 Voorfase

5.4.1.1 HET OPSTELLEN EN DOEN VAN EEN AANBOD

Noch art. 287a noch het Procesreglement insolventiezaken bevat regels of voorschriften over de totstandkoming van het minnelijk aanbod zelf. Er is geen voorgeschreven, uniforme wijze voor het vaststellen van de activa (bezittingen) en passiva (schulden), laat staan dat is beschreven op welke wijze eventuele activa te gelde gemaakt moeten worden. Evenmin is voorgeschreven welke informatie bij het schuldsaneringsvoorstel aan de schuldeisers gegeven moet worden. In artikel 5.6 van de Gedragscode Schuldregeling van de NVVK, de (beroeps)organisatie op het gebied van schuldhulpverlening, staat slechts dat een voorstel wordt gedaan.

46 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 942, nr. 7, p. 39 en 41 (NV). Zie ook Lammers, *GS Faillissementswet*, art 287a, aant. 9.1.4.1: 'Het lijkt erop dat de minister vermoedt dat de rechtspraak op basis van art. 287a anders zal zijn dan die op grond van art. 3:13 BW'.

47 Nethe in haar noot in *TvJ* bij HR 9 juli 2010, *LJN* BM3975, *NJ* 2010/648, m.nt. Verstijlen, *TvJ* 2010, 29 (m.nt. M.Y). Salomons acht de Hoge Raad in het Payroll-arrest te streng: Salomons 2008, p. 254. Zie A.L. Smit, 'Wordt het wat met dat dwangakkoord?', *TvS* 2008/1, p. 2.

48 Zie R.H.C. Jongeneel, 'Nieuw: moratorium en dwangakkoord,' *TvS* 2008/6, p. 10 e.v. Dit is een jurisprudentieoverzicht. In gevallen waarin een schuldenaar in kort geding een schuldeiser tot medewerking wil dwingen lijkt het Payroll-arrest soms wel als uitgangspunt te gelden. Zie bijvoorbeeld Rb. Maastricht 9 maart 2011, *LJN* BP7861, Hof Leeuwarden 16 oktober 2012, *LJN* BY0514, 23 oktober 2012, *LJN* BY1271 en 11 december 2012, *LJN* BY7474. Anders bijvoorbeeld Rb. Alkmaar 15 juni 2006, *LJN* AX8633, *NJF* 2006/549, Rb. Arnhem 7 september 2010, *LJN* B6823, Rb. Zwolle 10 november 2011, *LJN* BV8197, *JOR* 2012, 232.

Het aanbod wordt in de praktijk vrijwel steeds aan alle bekende schuldeisers gedaan waarbij aan de preferente schuldeisers het dubbele (percentage van hun vorderingen) wordt geboden van hetgeen aan de concurrente schuldeisers wordt geboden. Dit is evenmin voorgeschreven. Zo kan bijvoorbeeld aan bepaalde schuldeisers een lager of hoger aanbod worden gedaan of kan bijvoorbeeld worden aangeboden dat gemaakte incasso- en proceskosten geheel worden voldaan en van de hoofdsom een percentage.⁴⁹ Over eventuele afwijking van de gelijke behandeling van schuldeisers zullen alle schuldeisers uiteraard geïnformeerd moeten worden. Als die openheid niet betracht wordt, kan een schuldeiser het akkoord nadien aantasten wegens een wilsgebrek. Te denken valt dan aan dwaling (art. 6:228 BW) en bedrog (art. 3:44 BW).

Indien een 287a-verzoek wordt gedaan, zal het aanbod veelal worden gelegd naast de in een schuldsaneringsregeling te verwachten opbrengst. Daarin geldt – met enkele hier niet van belang zijnde uitzonderingen zoals studieschulden (art. 299a) en strafrechtelijke schulden (art. 358) – een gelijke behandeling (paritas creditorum) van schuldeisers.⁵⁰ Daarom geldt die paritas creditorum in de praktijk tevens in het minnelijke traject. Het lijkt wel mogelijk een groep schuldeisers iets meer te bieden dan hetgeen een schuldsaneringsregeling naar verwachting opbrengt. Het voert te ver om hier in te gaan op dit verschil tussen hetgeen buiten – vlak voor – een insolventieprocedure geldt en de prominente plaats die de paritas creditorum in insolventieprocedures inneemt.⁵¹

Vooral bij ex-ondernemers blijkt het lastig een goed gedocumenteerd verzoek voor een minnelijke schuldregeling te doen, vooral als de ondernemer geen jaarstukken heeft opgesteld.⁵² Ter illustratie dient een uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant.⁵³ De rechtbank overwoog daarin dat verzoeker niet, dan wel onvoldoende inzichtelijk had gemaakt dat hij de waarde van de activa van zijn onderneming in zijn geheel bij het bod had meegenomen. Verzoeker had desgevraagd enkel aangegeven dat bij het bod was meegenomen het bedrag, dat hij op de derdengeldrekening van zijn advocaat had gestort en hoofdzakelijk de verkoopopbrengst van één vrachtwagen betrof. Uit een e-mailbericht dat bij de stukken zat, leidde de rechtbank echter af dat het maar de vraag was of verzoeker bij beëindiging van zijn onderneming alleen één vrachtwagen had verkocht. Het leek erop dat hij tevens zijn onderneming had verkocht aan degene die tevens zijn werkgever was geworden.

Schuldhulpverleners hebben voorts moeite met het onderscheid tussen in gemeenschap van goederen getrouwde schuldenaren en schuldenaren bij wie geen sprake is van een dergelijke gemeenschap zoals ongehuwde samenwoners. Zij hebben de neiging om (ook) bij samenwoners alle schulden op één hoop te gooien.⁵⁴

Het voorstel lijkt niet ‘goed en betrouwbaar gedocumenteerd’ als bij het doen van een prognoseaanbod geen rekening is gehouden met het nadien oplopen van

49 Rb. Utrecht 28 juni 2012, *LJN* BX0521: 12% van de hoofdsom en 100% van de incassokosten.

50 Vgl. Rb. Midden-Nederland 13 juni 2013, *LJN* CA3511: één van de schuldeisers was – ten onrechte volgens de rechtbank – buiten de schuldregeling gehouden.

51 Zie hierover B. Wessels, ‘Moeten schuldeisers altijd gelijk behandeld worden?’, *NJB* 2010, p. 334 e.v.

52 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 27 februari 2013, *LJN* BZ4792.

53 Rb. Oost-Brabant, 1 augustus 2013, *ECLI:NL:RBOBR:2013:4449*.

54 Bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 11 juli 2013, *ECLI:NL:RBMNE:2013:2765*.

schulden in het minnelijke traject en het alsnog moeten verwerken in het voorstel van lopende alimentatieverplichtingen.⁵⁵ Hetzelfde lijkt te gelden als er geen rekening mee is gehouden dat de schuldenaar slechts een tijdelijke, kortlopende arbeidsovereenkomst heeft.⁵⁶

Complicerend is voorts dat soms in de loop van de tijd een nieuw, gewijzigd aanbod voor een minnelijke schuldregeling wordt gedaan. Uit een uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant blijkt dat de met het eerste aanbod instemmende schuldeisers niet zo maar geacht worden met het tweede aanbod te hebben ingestemd, zelfs niet als dat op het eerste gezicht gunstiger lijkt.⁵⁷ In deze uitspraak was het te betalen percentage in het tweede aanbod hoger, maar was het eerste aanbod een zogeheten prognoseakkoord en het tweede aanbod een liquidatieakkoord houdende een betaling ineens. Vergelijken is dan lastig.

Een andere vraag is welke informatie schuldeisers bij het doen van het aanbod voor een minnelijke schuldregeling van de (schuldhulpverlener van de) schuldenaar ontvangen. In mijn onderzoek is gebleken dat dit van geval tot geval sterk verschilt. Zo zijn er schuldhulpverleners die zich beperken tot het doen van een aanbod waarbij de totale schuldenlast wordt vermeld. Er zijn anderzijds schuldhulpverleners die daarnaast het inkomen van de schuldenaar vermelden en een berekening van het vrij te laten bedrag bijvoegen.⁵⁸ Over het algemeen worden de schulden niet gespecificeerd en wordt geen informatie gegeven over de bezittingen van de schuldenaar.

De terughoudendheid bij het verstrekken van informatie aan schuldeisers wordt verdedigd met het argument dat een schuldenaar die een overzicht van zijn schulden geeft, de kans loopt dat een schuldeiser die informatie gebruikt om het faillissement aan te vragen. Uit gesprekken met schuldhulpverleners is gebleken dat die kans niet denkbeeldig is. Het is echter de vraag of een schuldeiser op basis van een aanbod voor een minnelijke schuldregeling niet reeds erkent dat hij in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen alsook dat er sprake is van een, zij het niet nader omschreven, pluraliteit van schuldeisers zoals de jurisprudentie voor een toewijzing van een faillissementsverzoek eist.⁵⁹ Los daarvan geldt dat een schuldeiser recht heeft op alle relevante informatie. In een arrest van de Hoge Raad uit 1999 kwam aan de orde of een schuldeiser die niet over (relevante) informatie beschikt misbruik kan maken van zijn bevoegdheid door niet met het schuldregelingsaanbod in te stemmen.⁶⁰ Deze zaak betrof de voormalige accountant van een onderneming in financiële problemen, KWI genaamd. Deze accountant had tot midden 1995 accountantswerkzaamheden voor KWI verricht. Bij verstekvonnis van 7 maart 1996 was KWI veroordeeld om de accountant ongeveer fl. 7.500,- te betalen. Inmiddels had de nieuwe aandeelhoudster van KWI de schuldeisers een buitengerechtelijk akkoord aangeboden, onder meer inhoudende dat de concurrente schuldeisers 15% van hun vordering werd aangeboden. De accountant reageerde niet op dit (tot tweemaal

55 Rb. Rotterdam 31 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9020.

56 Hof Arnhem Leeuwarden 17 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5724.

57 Rb. Zeeland-West-Brabant 21 maart 2013, *L/N* BZ6966.

58 Dit is van belang voor de berekening van de hoogte van het – in vergelijking met de afdracht in een schuldsaneringsregeling – aanbod dat gedaan moet worden.

59 Willems/Van Sint Truiden 2014, (T&C In), art. 6, aant. 5.

60 HR 21 mei 1999, *NJ* 1999/507, *JOR* 1999, 213, m.nt. A.D.W. Soedira.

toe gedane) aanbod waarna het genoemde percentage werd uitbetaald. Een paar maanden later, in oktober 1996, legde de accountant executoriaal derdenbeslag op bankrekeningen van KWI. In kort geding werd opheffing van die beslagen gevorderd. Het hof oordeelde dat de accountant niet met het aanbod had ingestemd en verwierp tevens het subsidiair door KWI gedane beroep op rechtsverwerking of misbruik van recht en wees de vordering van KWI (alsnog) af. Het hof overwoog daarbij onder meer dat niet aannemelijk was geworden dat de accountant had moeten beseffen dat de financiële situatie van KWI zozeer was verslechterd dat haar faillissement dreigde en dat de crediteuren alsdan met minder dan met het in het kader van het buitengerechtelijk akkoord aangeboden percentage genoeg zouden moeten nemen. In cassatie werd aangevoerd dat het er niet om ging of de accountant moest beseffen dat het faillissement van KWI dreigde maar of er objectief een onevenredigheid tussen diens belangen en die van derden zoals KWI bestond. De Hoge Raad verwierp dat standpunt en overwoog voorts: 'Waar in art. 3:13 lid 2 BW is bepaald dat van misbruik van bevoegdheid sprake is in een geval waarin men, in aanmerking nemend de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening heeft kunnen komen, heeft de wet het geval op het oog waarin degene die de bevoegdheid uitoefent, de bedoelde onevenredigheid kent of behoort te kennen.'

Uit deze uitspraak van de Hoge Raad volgt dat de vraag welke informatie de weigerende schuldeiser krijgt van invloed is op de beoordeling van 287a-verzoeken. Het in lid 5 genoemde criterium komt immers overeen met art. 3:13 lid 2 BW waarin is omschreven in welke gevallen sprake is van misbruik van een bevoegdheid. Dit betekent dat de schuldenaar bij het voorstel een volledig overzicht van de activa en passiva moet geven.⁶¹ Voorts dient te worden aangegeven op welke wijze eventuele passiva te gelde zijn gemaakt. De vergelijking met het aanbieden van een insolventieakkoord dringt zich daarbij op. Uit de jurisprudentie met betrekking tot die akkoorden blijkt dat degene die het akkoord aanbiedt gehouden is de schuldeiser goed te informeren. In een zaak die leidde tot een uitspraak van Hof Amsterdam waren twee schuldeisers in hoger beroep gekomen van de beschikking van de rechtbank waarbij het aangeboden en aangenomen akkoord in het faillissement van hun debiteur was gehomologeerd.⁶² De twee schuldeisers voerden aan dat er voorafgaand aan en tijdens het faillissement sprake was geweest van onregelmatigheden en dat het akkoord niet transparant was wegens onduidelijkheden over de boedelafdrachten door de gefailleerde en dat sprake was van bedrog of benadeling van de boedel omdat de verdien capaciteit van de gefailleerde (bij voortzetting van het faillissement) aanzienlijk hoger zou zijn. Het hof stelde vast dat ten aanzien van de boedelafdrachten geen maximale transparantie was betracht en dat het akkoord op onzorgvuldige wijze tot stand was gekomen. Dit leidde tot weigering van de homologatie van het akkoord.

⁶¹ Van der Heiden 2001, p. 6, Van der Heiden 1997, p. 657, onder verwijzing naar Rb. Groningen 6 september 1994, *NJ* 1994/369 en HR 20 september 1991, *NJ* 1992/552, m.nt. J.B.M. Vranken. Uit kortgedingjurisprudentie van vóór 1 januari 2008 blijkt dat weliswaar geen volledige rekening en verantwoording over de besteding van inkomsten hoeft te worden afgelegd maar dat wel inlichtingen over de inkomens- en vermogenspositie en de voor verhaal vatbare goederen verschaft moet worden.

⁶² Hof Amsterdam 2 december 2010, *LJN* BO6426.

Bij het aanbieden van een akkoord in de schuldsaneringsregeling geldt dat de bewindvoerder zowel bij neerlegging van het akkoord (art. 329 lid 6) als bij neerlegging van de schuldenlijsten (art 328 j° 115) de schuldeisers daarover dient te informeren. De bewindvoerder dient volgens richtlijn 3.1 van de Recofarichtlijnen 2009 de schuldeisers te informeren over de inhoud van het akkoord en hij dient ‘gemotiveerd aan te geven’ of het akkoord naar verwachting een hogere of gelijke uitkering vertegenwoordigt dan bij continuering van de schuldsaneringsregeling. ‘Gemotiveerd aangeven’ kan worden opgevat als het actief verstrekken van gegevens waardoor schuldeisers zich een oordeel kunnen vormen over het aangeboden akkoord. Naast een berekening van het vrij te laten bedrag volgens het Rapport van de werkgroep rekenmethode Recofa (richtlijn 3.8 onder a van de Recofarichtlijnen 2009) is het aan te bevelen tevens een nadere toelichting te verstrekken. De Rechtbank Roermond maakte in een uitspraak uit 2001 korte metten met de bewindvoerder die schuldeisers onvoldoende informeerde.⁶³ In die zaak had de bewindvoerder zich bij de informatieverstrekking aan schuldeisers beperkt tot de mededeling dat het ontwerpakkoord bij de griffie ter inzage was neergelegd. Voorts had hij meegedeeld welk deel van de vordering met (de aanvaarding van) het akkoord zou worden voldaan.

De vraag of de schuldenaar (of in diens plaats de bewindvoerder) de schuldeisers voldoende heeft geïnformeerd over het akkoord speelt niet alleen tijdens de behandeling van het akkoord vooraf aan de stemming, maar is ook relevant voor de homologatie (goedkeuring) ervan door de rechtbank. Zo hield de Rechtbank Alkmaar de homologatiezitting aan omdat uit de stukken niet bleek dat schuldeisers voldoende waren geïnformeerd.⁶⁴

De vraag welke informatie in het minnelijke traject aan de schuldeisers is verstrekt speelt in de 287a-jurisprudentie nagenoeg geen rol. Uit twee arresten van Hof Arnhem (2008) en Hof 's-Hertogenbosch (2013) kan worden afgeleid dat pas bij het indienen van een 287a-verzoek alle informatie behoeft te worden gegeven en dat de rechter het 287a-verzoek op basis van de dan voorliggende informatie beoordeelt. In het arrest van Hof Arnhem was de weigerende schuldeiser in beroep gekomen van de beslissing van de rechtbank op het 287a-verzoek. Het hof beschikte niet over het complete dossier.⁶⁵ Hij had het dossier daarom opgevraagd bij de advocaat van de verzoeker/schuldenaar en daarbij verzocht een kopie aan de schuldeiser te zenden. Dat was nog niet gebeurd en het hof overwoog: ‘(...) In een zaak als de onderhavige is het hof van oordeel dat de (oorspronkelijke) verzoekers als de meest gerede partij moeten worden aangemerkt om de stukken over te leggen. (...) De weigerende schuldeiser zal – mogelijk – niet over alle stukken (kunnen) beschikken en hij zal in zijn verweerschrift vooral zijn eigen belangen naar voren willen en moeten brengen, afgezet tegen die van de schuldeisers die met het akkoord hebben ingestemd. Naar het oordeel van het hof dient in eerste aanleg direct een compleet aanvraagdossier aan de rechtbank te worden overgelegd en kan niet worden volstaan met het enkel ter inzage geven van dat aanvraagdossier aan de rechtbank (...) Het ijkpunt is daarbij het moment waarop het verzoekschrift

63 Rb. Roermond 30 juni 2001 (niet gepubliceerd).

64 Rb. Alkmaar 30 januari 2003, *LJN* AO6400.

65 Hof Arnhem 10 juli 2008, *LJN* BD6836.

wordt ingediend. Dan kan inzicht worden verkregen in de financiële posities van alle betrokkenen en kan een juiste belangenafweging plaatsvinden. Tevens kan de weigerende schuldeiser bij de voorbereiding van zijn verweerschrift met de inhoud van het aanvraagdossier rekening houden, in het bijzonder met de positie en belangen van de schuldenaar of schuldenaren en die van de overige schuldeisers.’

Het hof ziet dus onder ogen dat de schuldeiser tijdens het minnelijke traject niet over alle stukken zou beschikken en dus zijn eigen belangen naar voren zou brengen. Het hof oordeelde verder dat de schuldeiser bij behandeling van een 287a-verzoek wel over het volledige dossier moet beschikken en dat hij bij de voorbereiding van de zaak als het ware tot een finaal standpunt kon komen. Hof 's-Hertogenbosch lijkt in een uitspraak uit 2013 dezelfde gedachtegang te volgen.⁶⁶ In die uitspraak wordt er de nadruk op gelegd dat de schuldenaar de rechter van volledige en goed gedocumenteerde informatie voorziet. Hiermee wordt impliciet erkend dat de schuldeiser die informatie in de voorfase niet ontvangt.⁶⁷ Dit lijkt mij niet juist. Uit het hiervoor besproken arrest van de Hoge Raad uit 1999 kan mijns inziens worden afgeleid dat de schuldeiser reeds bij het doen van het aanbod adequaat geïnformeerd moet worden.

Niet verrassend is het tot slot dat, als geen aanbod is gedaan, verzoeker niet-ontvankelijk wordt verklaard in het 287a-verzoek.⁶⁸

5.4.1.2 TOETSING AANBOD DOOR EEN ONAFHANKELIJKE EN DESKUNDIGE PARTIJ

In de jurisprudentie vóór 1 januari 2008 en in de wetsgeschiedenis bij art. 287a wordt als criterium voor toewijzing van een 287a-verzoek genoemd dat het aanbod moet zijn gedaan of zijn getoetst door een onafhankelijke en deskundige partij. In de jurisprudentie betreffende 287a-verzoeken wordt veelal verlangd dat het aanbod en de ‘onafhankelijke en deskundige’ toetsing beide door de schuldhelpverlener geschieden. Toetsing van het aanbod door een ander dan degene die het aanbod deed komt in de jurisprudentie niet voor. In de praktijk komt het daarom aan op onafhankelijkheid en deskundigheid van degene die het aanbod doet. In deze paragraaf wordt nagegaan op welke wijze deze eis in de jurisprudentie uitwerkt.

Daarvoor is allereerst belangrijk vast te stellen dat het 287a-verzoek een onderdeel vormt van een Wsnp-verzoek. Het is vaste jurisprudentie dat dit Wsnp-verzoek volledig moet zijn. Ingevolge art. 285 lid 1 onder f moet bij een Wsnp-verzoek een verklaring zijn gevoegd inhoudende dat geen minnelijke regeling tot stand is gekomen. Deze verklaring moet zijn afgegeven door een in art. 48 lid 1 Wck genoemde persoon of instelling. Dat zijn personen of instellingen, zoals gemeentelijke kredietbanken, die volgens de wetgever in

⁶⁶ Hof 's-Hertogenbosch 26 februari 2013, *LJN* BZ3524.

⁶⁷ Vgl. voorts Rb. Breda 21 februari 2011, *LJN* BP7540. De betrokken schuldeiser motiveerde zijn weigering namelijk met de stelling dat in het 287a-verzoek een deugdelijke motivering en onderbouwing van de hoogte van het aanbod ontbrak, althans dat onvoldoende onderbouwd was waarom het aanbod voor verzoekster het maximaal haalbare aanbod was. De rechtbank wees het art. 287a-verzoek wel toe en overwoog daarbij dat zij de aangeboden schuldregeling goed en betrouwbaar gedocumenteerd en voldoende onderbouwd achtte. De rechtbank lichtte dit oordeel helaas niet nader toe.

⁶⁸ Rb. Utrecht 12 juli 2012, *LJN* BX2303.

uitzondering op het verbod op schuldbemiddeling (art. 47 Wck) als schuldhulpverlener werkzaam mogen zijn. Er zijn diverse uitspraken waarin de rechter oordeelt dat de eis van een volledig Wsnp-verzoek meebrengt dat de in art. 285 lid 1 onder f genoemde verklaring bij het 287a-verzoek moet zijn gevoegd.⁶⁹ Dit lijkt mij juist omdat met de eis van het overleggen van een volledig Wsnp-verzoek is beoogd dat de insolventierechter over een volledig en betrouwbaar dossier zou beschikken. In de eis dat de verklaring van art. 285 lid 1 onder f niet door eenieder mag worden afgegeven ligt besloten dat die verklaring daarmee aan zekere kwaliteitseisen voldoet. Betekent dit dat het minnelijke traject ook moet zijn uitgevoerd door een persoon of instelling ex art. 48 lid 1 Wck? Dat volgt niet uit art. 285 lid 1 onder f, maar wel uit in art. 288 lid 2 onder b. In art. 288 zijn kort gezegd de eisen voor toelating tot de schuldsaneringsregeling opgenomen. Geldt de eis van art. 288 lid 2 onder b tevens voor toewijzing van een 287a-verzoek? In een arrest van 14 december 2012 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat toewijsbaarheid van het Wsnp-verzoek geen voorwaarde is voor de toewijsbaarheid van het 287a-verzoek.⁷⁰ Het voorschrift dat een (volledig) Wsnp-verzoek moet zijn ingediend is er, aldus de Hoge Raad in dit arrest, op gericht een efficiënte rechtsgang te bevorderen en te bewerkstelligen dat de rechter ten behoeve van de oordeelsvorming over een compleet dossier beschikt. De maatstaf van art. 287a lid 5 verwijst niet, aldus wederom de Hoge Raad, naar de in art. 288 genoemde gronden aan de hand waarvan een Wsnp-verzoek wordt beoordeeld. Dit lijkt te betekenen dat de eis dat het minnelijk traject moet zijn uitgevoerd door een persoon of instelling genoemd in art. 48 lid 1 Wck niet geldt bij de beoordeling van een 287a-verzoek. Ik meen dat die conclusie niet getrokken kan worden. De eis van art. 288 lid 2 onder b is relevant voor het 287a-verzoek. In dit eis ligt immers een zekere waarborg besloten dat het voorstel voor een minnelijke schuldregeling aan kwaliteitseisen voldoet, hetgeen ook bij de beoordeling van een 287a-verzoek van eminent belang is. Hier kan tegenover gesteld worden dat een instelling of persoon die niet is genoemd in art. 48 lid 1 Wck wel aan kwaliteitseisen kan voldoen, bijvoorbeeld door te werken volgen NEN 8048-1 en 8048-2 normen.⁷¹ Het is echter niet wel denkbaar dat een 287a-verzoek kan worden toegewezen als het aanbod in strijd met het in art. 47 Wck gegeven verbod is gedaan.

Mijn tussenconclusie is dat bij het art. 287a-verzoek niet alleen een verklaring ex art. 285 lid 1 onder moet zijn gevoegd maar dat tevens geëist moet worden dat het minnelijk traject en daarmee het aanbod voor de minnelijke schuldregeling is uitgevoerd door een persoon of instelling genoemd in art. 48 lid 1 Wck.

Het voorgaande betekent niet dat het aanbod voor een minnelijke schuldregeling steeds door een onafhankelijke en deskundige persoon of instelling is getoetst. Dit kan als volgt worden toegelicht. In art. 48 lid 1 onder b en c Wck

69 Rb. Arnhem 21 oktober 2010, *LJN* BP1043, Rb. Arnhem 24 maart 2011, *LJN* BR1671 en Hof 's-Hertogenbosch 26 februari 2013, *LJN* BZ3524 en Rb. Gelderland 29 september 2014, *ECLI:NL:RBGEL:2014:6227*. Anders Hof Arnhem-Leeuwarden 12 september 2013, *ECLI:NL:GHARL:2013:6699*, met dien verstande dat deze uitspraak was gericht op de vraag of de eis van art. 288 lid 2 onder b (toelatingseis schuldsaneringsregeling) wel of niet gold. De vraag of de verklaring van art. 285 lid 1 onder f aan de eisen voldeed werd echter, ten onrechte, buiten beschouwing gelaten.

70 HR 14 december 2012, *LJN* BY0966, *NJ* 2013/43.

71 Over de NEN-normen en de achtergrond ervan is meer informatie te verkrijgen via de website van Nederlands Normalisatie-instituut (www.nen.nl).

worden personen en organisaties genoemd die zich op commerciële basis met schuldbemiddeling mogen bezig houden. Het gaat onder meer om gemeenten, gemeentelijke kredietbanken, deurwaarders, registeraccountants en advocaten alsook curatoren en bewindvoerders ingevolge de Faillissementswet. Sinds 1 april 2014 worden ook beschermingsbewindvoerders en ‘boek 1 BW curatoren’ genoemd als personen die zich op commerciële basis met schuldbemiddeling bezig mogen houden. Deze in art. 48 lid 1 Wck genoemde personen en instellingen kunnen niet alle als onafhankelijke en deskundige ‘toetsers’ van het aanbod worden aangemerkt. Advocaten die voor hun cliënt een aanbod voor een minnelijke schuldregeling doen, worden blijkens de jurisprudentie inzake 287a-verzoeken niet zonder meer als onafhankelijke ‘toetsers’ gezien. Het Hof ’s-Gravenhage oordeelde dat de eigen advocaat niet als onafhankelijke partij kan worden beschouwd.⁷² Rechtbank Arnhem⁷³ en Rechtbank ’s-Gravenhage⁷⁴ oordeelden in gelijke zin en dat deed ook Rechtbank Rotterdam.⁷⁵ In laatstgenoemde uitspraak overwoog de rechtbank dat een advocaat in de eerste plaats de belangen van zijn cliënt behartigt en dat hij daarom in verzoeken ex art. 287a niet als onafhankelijke partij kan worden beschouwd.

Het is juist dat een advocaat van een schuldenaar strikt genomen niet als een onafhankelijke partij is te beschouwen. De advocaat van een schuldenaar moet immers diens belangen behartigen en niet die van de schuldeisers. Geldt dit eveneens voor de bewindvoerder die op basis van een toevoeging een 287a-verzoek namens een schuldenaar indient?⁷⁶ Uit het ontbreken van jurisprudentie ten aanzien van deze groep moet worden afgeleid dat de rechter daarin geen probleem ziet.⁷⁷ Dit kan daardoor verklaard worden dat de bewindvoerder niet steeds zelf het minnelijke traject uitvoert maar zich beperkt tot het indienen van het 287a-verzoek.

De vraag of een advocaat of (op toevoegingsbasis werkende) Wsnp-bewindvoerder als onafhankelijke partij is aan te merken wordt (veel) minder belangrijk indien de activa (bezittingen) en passiva (schulden) volgens vaste protocollen worden vastgesteld en die vaststelling met stukken wordt onderbouwd.

Een andere, minder praktische oplossing is dat de advocaat of bewindvoerder die een minnelijk traject uitvoert, het aanbod voor een minnelijke schuldregeling laat toetsen door een onafhankelijke derde zoals een (andere) persoon die regelmatig tot bewindvoerder wordt benoemd, een op dit gebied deskundige accountant of de belastingdienst. Indien de schuldenaar stelt dat hij niet (volledig) arbeidsgeschikt is,

⁷² Hof ’s-Gravenhage 27 oktober 2009, *LJN* BK1432. In deze zaak had het Hof tevens kritiek op het aanbod zelf en was de schuldenlast niet duidelijk.

⁷³ Rb. Arnhem 28 december 2009, *LJN* BK9646.

⁷⁴ Rb. ’s-Gravenhage 27 april 2012, *LJN* BW5573. Dit geldt volgens deze rechtbank ook voor de accountant van verzoeker.

⁷⁵ Rb. Rotterdam 29 mei 2009, *LJN* BI9013.

⁷⁶ Salomons meent dat voor de in art. 48 Wck genoemde bewindvoerder de eis geldt dat zij benoemd moeten zijn op grond van de Faillissementswet en dat niet voldoende is dat zij als bewindvoerder voor benoeming in aanmerking komen omdat zij, bijvoorbeeld, in het desbetreffende register van de Raad voor Rechtsbijstand te ’s-Hertogenbosch zijn opgenomen. Zie Salomons 2008, p. 250.

⁷⁷ Sinds 1 januari 2013 kunnen alle ingeschreven Wsnp-bewindvoerders een toevoeging krijgen bij het aanvragen van een 287a- 287b of 287 lid 4-verzoek, zie hoofdstuk 1.

ligt het voor de hand dat een arbeidsdeskundige of bijvoorbeeld een verzekerings-geneeskundige de mate van arbeids(on)geschiktheid vaststelt.⁷⁸

Een alternatief zou ten slotte kunnen zijn om de desbetreffende advocaat of bewindvoerder of een derde door de rechtbank als deskundige te benoemen.⁷⁹ In de 287a-jurisprudentie is dit (nog) niet voorgekomen, maar wel bij de behandeling van een faillissementsverzoek (art. 6) door de Rechtbank Oost-Brabant. Deze rechtbank heeft in die procedure een deskundige benoemd om onderzoek te doen naar de vraag of de schuldenaar/verweerder in de toestand verkeerde dat zij had opgehouden te betalen.⁸⁰ Nadat de deskundige had gerapporteerd en na beoordeling van diens bevindingen ter zitting is het faillissement uitgesproken. De deskundige is vervolgens, met instemming van de schuldenaar/gefaillieerde en de schuldeiser die het faillissement verzocht, tot curator in dat faillissement benoemd. De rechtbank lijkt aldus de deskundige als een 'stille curator' te hebben bedoeld. Indien een 287a-verzoek is ingediend, is de grondslag voor een deskundigenbenoeming te vinden in analogische toepassing van art. 194 Rv. Op grond van deze bepaling kan een rechter op verzoek van een partij of ambtshalve een bevel tot een bericht of een verhoor van een deskundige bevelen. Deze bepaling geldt op grond van art. 284 Rv niet alleen in dagvaardings- maar ook in verzoekschriftprocedures. In de benoeming van een deskundige is in de Faillissementswet eveneens voorzien. Op grond van art. 291 kan de (insolventie)rechter die een Wsnp-verzoek toewijst een deskundige benoemen teneinde een onderzoek te doen naar de staat van de boedel en een verslag daarover uit te brengen. In het insolventierecht is de deskundige derhalve geen onbekende figuur.

Een deskundige zou tevens kunnen worden benoemd voorafgaand aan het doen van een aanbod in het minnelijke traject. Analogische toepassing van art. 202 Rv biedt daarvoor een basis. Op grond van art. 202 Rv kan de rechter nog vóór een zaak aanhangig is een voorlopig bericht of verhoor van een deskundige bevelen. Deze bepaling geldt eveneens in de verzoekschriftprocedure (art. 284 Rv). Een verzoek tot benoeming van een deskundige kan worden gedaan bij de insolventierechter omdat deze degene is aan wie het 287a-verzoek zal worden gedaan (art. 203 Rv). Bij benoeming van een deskundige in de 'voorfase' is nog niet zeker of een 287a-verzoek wordt gedaan. Indien dat uiteindelijk wel gebeurt, kan de insolventierechter zich bij de beslissing op het 287a-verzoek laten informeren door deze deskundige. De schadeloosstelling en het loon van de deskundige worden door de rechter vastgesteld (art. 205 j° 199 Rv). In beginsel moet een voorschot worden betaald, maar als verzoeker, hetgeen het geval zal zijn, on- of minvermogen is, betaalt de griffier ten laste van 's Rijks kas dat voorschot (art. 199 lid 3 Rv). Deze kosten zullen een belangrijk obstakel voor deze laatste oplossing vormen, indien deze door de verzoeker moeten worden betaald.

⁷⁸ Zie Noordam e.a. 2013, p. 64.

⁷⁹ Ook in de voorstellen van Vriesendorp c.s. tot invoering van een Schuldsaneringsregeling voor rechtspersonen is in de benoeming van een deskundige voorzien (art. 366): R.D. Vriesendorp, R.M. Hermans & K.A.J. de Vries, 'Wetsvoorstel tot aanpassing van de Faillissementswet door uitbreiding met titel IV', *TvI* 2013, 20.

⁸⁰ Rb. Oost-Brabant 10 december 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:7304.

5.4.2 *Dwangregeling ook ambtshalve?*

Hof Arnhem heeft geoordeeld dat de rechter niet ambtshalve toepassing aan art. 287a hoeft te geven.⁸¹ De Hoge Raad heeft het tegen dat arrest gerichte cassatieberoep verworpen met toepassing van art. 81 RO.⁸² Die vraag naar ambtshalve toepassing kan ontleend zijn aan een voorstel van de NVVK. Voorafgaand aan het wetsontwerp 29 942 heeft de NVVK voorgesteld de rechter te verplichten om reeds op basis van de krachtens art. 285 eerste lid sub f en h (nieuw) verplichte opgave over een eerder aangeboden schuldregeling, deze schuldregeling te toetsen aan het criterium van art. 287a, zodat daarvoor geen apart verzoek nodig is.⁸³ Dit idee is door de minister verworpen omdat het tot een onwenselijke taakverzwaring van de rechter zou leiden. Het oordeel van de Hoge Raad lijkt mij, mede in dit licht, juist.

5.4.3 *Het 287a-verzoek en wijziging*

5.4.3.1 ALGEMEEN

Het 287a-verzoek maakt onderdeel uit van een Wsnp-verzoek. Dat Wsnp-verzoek moet blijken uit de wetsgeschiedenis van art. 287a en de jurisprudentie volledig zijn. Dat wil zeggen dat bij dat verzoek alle in art. 285 genoemde bijlagen en informatie moeten zijn gevoegd. De minister heeft tijdens de parlementaire behandeling enkele keren benadrukt en aangegeven dat de beoordeling van het verzoek met de gegevens bij het Wsnp-verzoek wordt vereenvoudigd.⁸⁴ Het Wsnp-verzoek kan na afwijzing van het 287a-verzoek worden ingetrokken (art. 287a lid 7). Dit doet er niet aan af dat een volledig Wsnp-verzoek moet zijn overgelegd.⁸⁵

Met dit voorschrift wijkt het insolventieprocesrecht af van dat van de verzoekschriftprocedure van titel 3. Art. 278 lid 2 Rv bepaalt slechts dat het verzoekschrift het verzoek en de gronden daarvoor bevatten. Met invoering van het KEI-wetsvoorstel zal het verzoekschrift weliswaar moeten vermelden de bewijsmiddelen waarover verzoeker kan beschikken, maar niet is bepaald dat bewijsmiddelen (of andere stukken) moeten worden overgelegd (art. 30a Rv ontwerp).

Als het Wsnp-verzoek niet compleet is, leidt dat tot niet-ontvankelijkverklaring van de verzoeker.⁸⁶ Het belang van een volledig verzoek blijkt onder meer uit een arrest van het Hof 's-Gravenhage.⁸⁷ In eerste aanleg had de rechtbank het 287a-verzoek afgewezen en de beslissing op het Wsnp-verzoek aangehouden

⁸¹ Hof Arnhem 17 april 2008, *LJN* BD1252.

⁸² HR 30 januari 2009, *LJN* BG5851.

⁸³ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 942 nr. 4, p. 11-12.

⁸⁴ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 942, nr. 7, p. 78. Vriesendorp vermeldt dat de wetgever hiermee heeft willen bereiken dat het 287a-verzoek terdege is voorbereid, Vriesendorp 2013, p. 337.

⁸⁵ *Kamerstukken I* 2006/07, nr. C., p. 5 e.v. Gesuggereerd wordt dat de beschikbaarheid van deze gegevens de (insolventie)rechter minder terughoudend zal maken: *Kamerstukken II* 2005/06, 29 942, nr. 35, p. 17.

⁸⁶ Rb. Utrecht 26 april 2011, *LJN* BQ2822, Rb. Utrecht 31 maart 2011, *LJN* BQ0651. In de zaak die leidde tot Rb. Utrecht 6 januari 2011, *LJN* BP0643, was in het geheel geen Wsnp-verzoek ingediend. Beide verzoeken zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden, zo oordeelde de rechtbank. Daarnaast was het minnelijke traject door een afgevaardigde van de familie van verzoeker uitgevoerd en dus niet door een persoon of instelling als bedoeld in art. 48 lid 1 sub b, c of d Wck, zoals art. 288 lid 2 voorschrijft.

⁸⁷ Hof 's-Gravenhage 21 december 2010, *LJN* BO8515.

in afwachting van nadere gegevens. Het hof tikte de rechtbank hiervoor op de vingers. Er mag pas een beslissing op een 287a-verzoek gegeven worden, aldus het hof, als het Wsnp-verzoek compleet is. Dit is in lijn met genoemde wetsgeschiedenis.

Het minnelijke traject moet mijns inziens zijn uitgevoerd door een gecertificeerde instelling als bedoeld in art. 48 lid 1 sub d Wck zoals art. 288 voorschrijft, zie de vorige paragraaf.

In art. 3.2.3.3 Procesreglement insolventiezaken is bepaald dat de gegevens (naam, adres en woon- of verblijfplaats) van de schuldeiser ‘die niet met de aangeboden schuldregeling kan instemmen’ moeten zijn vermeld. Dit lijkt mij niet helemaal juist geformuleerd. Het gaat om de schuldeisers die niet instemden, dus ook de schuldeisers die niet op het aanbod reageerden. Uit hun stilzwijgen kan, behoudens bijzondere omstandigheden, niet worden afgeleid dat zij het aanbod hebben aanvaard. Het is belangrijk te benadrukken dat een schuldeiser die niet reageert op een aanbod voor een schuldregeling als een weigerende schuldeiser moet worden beschouwd. Zelfs een schuldeiser die zich refereert aan het oordeel van de rechter kan niet geacht worden met het voorstel te hebben ingestemd. Op deze plaats zij er voorts op gewezen dat het verzoek zich in beginsel tot alle niet-instemmende schuldeisers dient te richten.⁸⁸ Indien dat niet het geval is kan dat immers tot (niet-gerechtvaardigde) ongelijke behandeling van schuldeisers leiden.

Art. 3.2.3.3 Procesreglement insolventiezaken bepaalt voorts dat de reden van de weigering om met het aanbod (voor een schuldregeling) in te stemmen moet worden vermeld.

Bij het procesreglement hoort een, in 2012 vernieuwd, modelverzoekschrift. In art. 3.2.3.4 Procesreglement insolventiezaken is aangegeven welke stukken moeten zijn bijgevoegd. Het gaat om:

- a. een overzicht van de aangeboden schuldregeling;⁸⁹
- b. een overzicht van de namen, adressen en faxnummers van de schuldeisers die niet akkoord gaan;⁹⁰
- c. de met iedere schuldeiser die niet met de aangeboden schuldregeling kan instemmen, gevoerde correspondentie over de aangeboden schuldregeling, alsmede een overzicht van de crediteuren die wel hebben ingestemd met de aangeboden schuldregeling;⁹¹
- d. een berekening van het vrij te laten bedrag gemaakt met de calculator die via het internet beschikbaar is;
- e. een overzicht van de mogelijkheden van de verzoeker tot nakoming van de aangeboden schuldregeling.

Met dit voorschrift komt het procesreglement op het terrein van de stelplicht en bewijslast. Hierop wordt in par. 5.4.5 (over het niet-verschijnen van de belanghebbende schuldeiser) ingegaan.

⁸⁸ Rb. Oost-Brabant, 1 augustus 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4449.

⁸⁹ Rb. Midden-Nederland 11 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2765. De brief waarbij de schuldregeling is aangeboden was niet overgelegd. Deze kon ter zitting niet geproduceerd worden.

⁹⁰ Dat is dus een herhaling ten opzichte van art. 3.2.3.3.

⁹¹ Dit is vergelijkbaar met de eis in dagvaardingsprocedures dat in de dagvaarding het verweer van de gedaagde vermeld moet worden, art. 111 Rv.

Een 287a-verzoek kan niet voor het eerst in hoger beroep worden gedaan.⁹²

Op grond van art. 4 onder i Wet griffierechten burgerlijke zaken is geen griffierecht verschuldigd voor het indienen van een Wsnp-verzoek. Omdat het 287a-verzoek onderdeel uitmaakt van het Wsnp-verzoek geldt daarvoor hetzelfde. Het verzoek hoeft evenmin door een advocaat te zijn ingediend omdat het onderdeel uitmaakt van het Wsnp-verzoek (zie art. 361). Indien een schuldenaar onder beschermingsbewind is gesteld, kan hij dit verzoek zelf doen.⁹³ Hieruit kan worden afgeleid dat dit tevens geldt voor het 287a-verzoek.

5.4.3.2 WIJZIGING VAN HET VERZOEK (TER ZITTING)

Het komt voor dat het aanbod voor een (minnelijke) regeling ter zitting wordt gewijzigd.

Een wijziging houdt bijvoorbeeld in dat een prognoseaanbod niet slechts inhoudt het sparen van het bovenmatige inkomen vanaf de datum van het aanbod maar vanaf de datum van de beslissing op het 287a-verzoek, waarbij het reeds (in het minnelijke traject) gespaarde bedrag ten goede komt aan de schuldeisers. Dit is een verbetering van het aanbod en daarmee een vermindering van het verzoek. Vermindering van het verzoek is (mijns inziens) steeds mogelijk, ook als de betrokken schuldeiser(s) niet is (zijn) verschenen. Aan vermindering van een titel 3-verzoek worden in art. 283 Rv evenmin formele eisen gesteld. Aangenomen wordt dat het titel 3-verzoek, nog tijdens de mondelinge behandeling en zowel schriftelijk als mondeling, kan worden verminderd omdat de belanghebbende daardoor niet in zijn belang is geschaad. Uitzonderingen op deze regel zijn natuurlijk denkbaar.⁹⁴

Een verslechtering van het aanbod is te duiden als een vermeerdering van het verzoek en is daarom problematischer. Als aan de schuldeisers minder wordt aangeboden is niet meer zeker dat de schuldeisers die reeds instemden dit zullen accepteren. Dit kan dus slechts in het nogal theoretische geval dat aangetoond wordt dat die schuldeisers inmiddels met de verslechtering (vermindering) van het aanbod instemden.

5.4.4 De oproep

Het 287a-verzoek moet op grond van art. 287a lid 2 ter zitting behandeld worden. Zowel de verzoeker als de weigerende (niet-instemmende) schuldeiser worden daarvoor bij aangetekende brief (of op andere wijze) opgeroepen. Indien een schuldeiser de vordering van een andere schuldeiser betwist, dient hij (eveneens) als belanghebbende, te worden opgeroepen. In verband hiermee dient de verzoeker in het 287a-verzoek aan te geven of van bedoelde betwisting sprake is.

⁹² Hof Arnhem 17 april 2008, *LJN* BD1252 (bekrachtigd in: HR 30 januari 2009, *LJN* BG5851 81 RO), Hof Amsterdam (nevenzittingsplaats Arnhem) 14 april 2011, zaaknr. 200.081.769 (niet gepubliceerd) en Hof Arnhem 16 juni 2011, zaaknr. 200.085.373 (niet gepubliceerd).

⁹³ Dit volgt uit HR 25 mei 2012, *LJN* BV4010. Hierin oordeelde de Hoge Raad dat het indienen van een Wsnp-verzoek niet tot de taak van de beschermingsbewindvoerder hoort. De schuldenaar is daartoe zelfstandig bevoegd, met dien verstande dat de rechter geacht wordt zich – zo nodig – op de hoogte te stellen van het standpunt van de beschermingsbewindvoerder ten aanzien van het Wsnp-verzoek.

⁹⁴ Van Mierlo 2014, (T&C Rv), art. 283 Rv, aant. 3.

Noch in art. 287a noch in het Procesreglement insolventiezaken is rekening gehouden met het geval dat een schuldeiser de vordering van een andere schuldeiser betwist. Het ware beter indien de schuldenaar/verzoeker verplicht werd om in het 287a-verzoek te vermelden indien daarvan sprake is. In dat geval dient de schuldeiser die de vordering van een ander betwist alsook de schuldeiser van wie de vordering is betwist, als belanghebbende, te worden opgeroepen.

Art. 3.2.3.5 Procesreglement insolventiezaken bepaalt dat de verzoeker bij gewone brief en de weigerende schuldeiser zowel per gewone post als bij aangetekende brief en 'onder toezending van een afschrift van het verzoek' worden opgeroepen.⁹⁵ In het procesreglement wordt gevraagd om vermelding van eventuele faxnummers van de betrokken schuldeisers. Uit de jurisprudentie blijkt niet of oproepingen per fax worden verzonden. In par. 4.4.2.1 is nagegaan onder welke voorwaarden schuldeisers per fax (of e-mail) kunnen worden opgeroepen.

Bij het bepalen van de datum van de mondelinge behandeling worden geen verhinderdata van partijen opgevraagd. Daarom zou een verzoek van een partij (verzoeker of schuldeiser) tot bepaling van een nieuwe datum voor die mondelinge behandeling in beginsel moeten worden gehonoreerd. In art. 1.4.6 Procesreglement verzoekschriftprocedures rechtbanken (kantonzaken) is bepaald dat – indien geen verhinderdata zijn opgevraagd – op verzoek van de desbetreffende partij steeds uitstel van de mondelinge behandeling wordt verleend, mits dat verzoek binnen vijf werkdagen na de oproeping is gedaan. Die regel zou in dezen eveneens dienen te gelden.

Het is niet duidelijk of met de geciteerde passage 'onder toezending van een afschrift van het verzoek' uit art. 3.2.3.5 Procesreglement insolventiezaken alleen het 287a-verzoek wordt bedoeld of het Wsnp-verzoek (met de bijlagen zoals genoemd in art. 285). In art. 3.2.3.1 van genoemd procesreglement is bepaald dat het Wsnp-verzoek een 287a-verzoek kan bevatten. In art. 3.2.3.2 is bepaald dat 'het verzoekschrift' en de bijgevoegde stukken in meervoud moeten worden ingediend: twee exemplaren voor de rechtbank en één exemplaar voor iedere verweerder. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat 'het verzoekschrift' – dat wil dus zeggen het Wsnp-verzoek met alle bijlagen waaronder het 287a-verzoek – naar de verweerder moet worden gezonden. In art. 3.2.3.5 is echter bepaald dat de schuldeiser(s) die het betreft wordt c.q. worden opgeroepen 'onder toezending van een afschrift van het verzoek'. Hiermee zou het 287a-verzoek kunnen zijn bedoeld.

Uit de Recofa-enquête is gebleken dat het merendeel van de rechtbanken bij de oproep van de weigerende schuldeiser(s) alleen het 287a-verzoek meezendt en dan veelal zonder de bijlagen bij dat verzoek.⁹⁶ Dient de weigerende schuldeiser niet steeds het volledige Wsnp-verzoek – waaronder dus het 287a-verzoek – met alle bijlagen te ontvangen? Het meest centrale beginsel van procesrecht, het beginsel van hoor en wederhoor, houdt immers in dat rechter en

⁹⁵ In de tot 1 januari 2013 geldende versie was vermeld 'bij aangetekende brief met bericht van ontvangst', maar een dergelijke verzending is niet meer mogelijk. Op internet (track&trace) is na te gaan wat er met de aangetekende post is gebeurd en in het bijzonder of deze aan de geadresseerde is aangeboden.

⁹⁶ Engberts 2014, p. 19.

partijen over dezelfde informatie beschikken. Deze regel is voor de verzoekschriftprocedure vastgelegd in art. 279 Rv. Daarin is bepaald dat de oproeping van belanghebbenden vergezeld dient te gaan van een afschrift van het verzoekschrift.⁹⁷

Het is mij uit eigen wetenschap (gesprekken met rechters en juridisch medewerkers bij de rechtbanken) bekend dat er – evenals bij de behandeling van 287b-verzoeken – een zekere huiver bestaat deze stukken aan de schuldeiser te zenden omdat deze soms informatie over de persoonlijke situatie van de schuldenaar bevatten.⁹⁸ Hierbij valt op dat rechtbanken op grond van deze argumenten zelf tot het niet-verstrekken van alle informatie komen. Van een verzoek daartoe van de schuldenaar is geen sprake.⁹⁹

Het niet-verstrekken van alle informatie aan de schuldeiser verhoudt zich, nog daargelaten dat het beginsel van hoor en wederhoor dat nu eenmaal vordert, slecht tot de aard van het 287a-verzoek. Dit verzoek strekt ertoe dat de rechter een schuldeiser als het ware dwingt af te zien van een deel van zijn vordering op de schuldenaar. Het is ten principale onjuist dat de rechter dat, in de huidige praktijk, doet of kan doen op basis van informatie die bij deze schuldeiser niet bekend is. Niet valt in te zien hoe dan geoordeeld kan worden dat die schuldeiser in redelijkheid niet tot zijn afwijzing van het aanbod voor een schuldregeling kon komen.

5.4.5 *De mondelinge behandeling*

De mondelinge behandeling is openbaar omdat de wet niet anders bepaalt. Dit volgt uit art. 6 EVRM (par. 3.4.3).

De datum voor de mondelinge behandeling wordt in beginsel vastgesteld zonder dat bij partijen verhinderdata worden opgevraagd. In art. 1.4.6 Procesreglement verzoekschriftprocedures rechtbanken (kantonzaken) is bepaald dat in een dergelijk geval op verzoek van de desbetreffende partij steeds uitstel van de mondelinge behandeling wordt verleend, mits dat verzoek binnen vijf werkdagen na de oproeping is gedaan.¹⁰⁰ Een dergelijke regel zou eveneens bij de mondelinge behandeling van 287b-verzoeken moeten gelden.

5.4.6 *Niet-verschijnen schuldeiser(s), stelplicht en motivering*

Het insolventieprocesrecht kent geen bijzondere regeling in het geval degene tot wie zich een verzoek richt in rechte niet verschijnt, zoals de verstekregeling voor dagvaardingszaken in art. 139 Rv.¹⁰¹ Bestudering van de jurisprudentie leert dat rechtbanken verschillend omgaan met het niet-verschijnen van de schuldeiser. In

97 Zie art. 3.2.3.2 Procesreglement insolventiezaken, dat bepaalt dat het 287a-verzoek en de bijgevoegde stukken in meervoud moet worden ingediend: twee exemplaren voor de rechtbank en één exemplaar voor iedere verweerder.

98 Men lijkt te vergeten dat het Wsnp-verzoek na toelating tot de schuldsanering openbaar wordt (art. 286).

99 Zie voorts par. 4.4.2.1 en J.L.R.A. Huydecoper, 'Geheimhouding en waarheidsvinding in het civiele proces', *Trema* 2010/8.

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

101 De Faillissementswet kent het rechtsmiddel van verzet in het geval het faillissement van een schuldenaar op verzoek van een schuldeiser wordt uitgesproken zonder dat de schuldenaar ter zitting verschijnt, zie art. 8 lid 2.

deze paragraaf wordt eerst een korte beschrijving gegeven van die jurisprudentie. Vervolgens wordt aan de hand van de verstekregeling in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een voorstel gedaan voor de beoordeling van de verstekzaken.

5.4.6.1 JURISPRUDENTIE BIJ NIET VERSCHIJNEN WEIGERENDE SCHULDEISER

Het ligt voor de hand dat de rechter een onderscheid maakt tussen enerzijds gevallen waarin de reden voor de weigering (door de niet-verschenen schuldeiser) onbekend is en anderzijds zaken waarin die reden wel duidelijk is. Uit de jurisprudentie blijkt echter niet dat dit onderscheid wordt gemaakt of van belang is. Er zijn diverse uitspraken waarin zowel in het eerste als het tweede geval een volledige overweging en motivering wordt gegeven.¹⁰² Dat is waarschijnlijk daardoor verklaarbaar dat het belang met de weigering al is gegeven. In een aanzienlijk aantal uitspraken wordt dit uitdrukkelijk geoordeeld.¹⁰³

Uit een uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch uit 2012 blijkt dat de rechter bij niet-verschijnen van de betrokken schuldeiser nog steeds moet onderzoeken of het voorstel goed en betrouwbaar is gedocumenteerd en of het voldoet aan de overige vaste criteria, genoemd in de memorie van toelichting bij wetsvoorstel 29 942.¹⁰⁴

Er zijn andersluidende uitspraken. De Rechtbank Breda oordeelde in 2008 in een aantal zaken, waarin de reden voor de weigering wel bekend was dat, nu de schuldeiser geen verweer had gevoerd en het verzoek niet ongegrond of onrechtmatig voorkwam, het verzoek kon worden toegewezen.¹⁰⁵ Dit is dus een verstekafdoening op de wijze van art. 139 Rv (zie hierna). De Rechtbank Haarlem oordeelde in een zaak uit 2008 dat de schuldeiser, hoewel de reden voor de weigering wel uit de stukken was af te leiden, door niet ter zitting te verschijnen de mogelijkheid aan zich voorbij heeft laten gaan zijn belang bij afwijzing te onderbouwen en toe te lichten zodat niet was gebleken dat de schuldeiser een te respecteren belang bij zijn weigering had.¹⁰⁶ De Rechtbank Rotterdam oordeelde in een uitspraak uit datzelfde jaar dat, nu de reden niet bekend was, de rechtbank de redelijkheid van de weigering niet kon toetsen.¹⁰⁷ Dergelijke uitspraken komen na 2008 weinig voor.¹⁰⁸ In twee uitspraken van na dat jaar wordt deze formulering gebruikt maar wordt de beslissing uitgebreid gemotiveerd¹⁰⁹ en in één geval wordt het verzoek zelfs afgewezen.¹¹⁰ In latere

102 Bijvoorbeeld Rb. Arnhem 21 mei 2010, *LJN* BO2143 en Rb. Utrecht 14 oktober 2010, *LJN* BO1001. In deze zaak stelde de rechtbank bovendien vast dat aan de vordering van de belastingdienst ten onrechte een preferentie was toegekend.

103 Rb. Utrecht 5 februari 2009, *LJN* BH2401, Rb. Maastricht 19 maart 2008, *LJN* BC7133 (zij het dat verzoekster aangaf dat de weigerende schuldeiser volgens haar de looptijd te lang vond), Rb. Leeuwarden 8 juli 2010, 104409 FT RK 10/303 (niet gepubliceerd).

104 Hof 's-Hertogenbosch 28 juni 2012, *LJN* BX0359, r.o. 3.5.

105 Rb. Breda 28 april 2008, *LJN* BD4382 alsook 9 mei 2008, *LJN* BD4178 en *LJN* BD4169. Hetzelfde deed Rechtbank 's-Gravenhage (Rb. 's-Gravenhage 28 maart 2008, *LJN* BF8775).

106 Rb. Haarlem 23 april 2008, *LJN* BD0260.

107 Rb. Rotterdam 1 augustus 2008, *LJN* BD9164, *TvS* 2008, 256. Overigens werden de belangen van de verzoeker/schuldenaar in die zaak wel beoordeeld/gewogen.

108 Rb. 's-Gravenhage 1 juni 2010, *LJN* BM6586.

109 Rb. 's-Hertogenbosch 25 februari 2011, *LJN* BP6074 (verzoek ingewilligd nadat verzoeker ter zitting had aangeboden na zijn 65^e te zullen doorwerken).

110 Rb. Utrecht 11 november 2010, *LJN* BO3685.

uitspraken wordt het belang van de weigerende schuldeiser als gegeven beschouwd en wordt over het algemeen een motivering voor de beslissing gegeven.¹¹¹ In een zaak uit 2011 bij het Hof Leeuwarden oordeelde het hof dat de schuldeiser, door niet ter zitting te verschijnen, de mogelijkheid om zijn belang bij afwijzing van het 287a-verzoek te onderbouwen en toe te lichten aan zich voorbij had laten gaan.¹¹² Dit komt overeen met de hiervoor genoemde uitspraak van de Rechtbank Haarlem. Hoe het niet-verschijnen moet worden geduid laat het hof echter uitdrukkelijk in het midden. Het hof oordeelt vervolgens dat niet is gebleken van zwaarwegende bezwaren van de zijde van de schuldeiser die maken dat hij in redelijkheid tot weigering heeft kunnen komen. Dit kan worden vertaald in de regel dat een schuldeiser weliswaar het recht heeft om niet op een aanbod voor een minnelijke schuldregeling in te gaan, maar dat dat recht of belang ingeval van niet-verschijnen in een 287a-procedure (nagenoeg) geen gewicht in de schaal legt.¹¹³

5.4.6.2 VERSTEKREGELING IN HET WETBOEK VAN BURGERLIJKE RECHTSVORDERING

Voor de dagvaardingsprocedure bepaalt het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dat de rechter bij niet-verschijnen van de gedaagde en het in acht nemen van de voorgeschreven termijnen en formaliteiten verstek tegen hem verleent en de vordering toewijst, tenzij deze hem onrechtmatig of ongegrond voorkomt. De ‘verstektoets’ van art. 139 Rv houdt in dat de rechter onderzoekt:

- a. of de gestelde feiten tot het beoogde rechtsgevolg leiden,
- b. of het recht toewijzing ook overigens toelaat en
- c. of er aanleiding is de gestelde feiten, gelet op de omstandigheden van het geding, ondanks stilzwijgen van de belanghebbende (schuldeiser), in twijfel te trekken.¹¹⁴

Hieruit volgt dat art. 139 Rv derogeert aan de in art. 149 Rv neergelegde regel dat de rechter niet (voldoende) betwiste feiten als vaststaand moet beschouwen. De reden is volgens Asser dat het niet vanzelf spreekt om aan het onbetwist blijven van door de eiser gestelde feiten dezelfde gevolgen te verbinden als aan het niet weerspreken in een proces dat op tegenspraak wordt gevoerd.¹¹⁵

De gevolgen van het niet-verschijnen van een partij in een verzoekschrift-procedure (titel 3) zijn niet geregeld. Anders dan in de dagvaardingsprocedure wordt geen verstek verleend. In verzoekschriftprocedures waarin sprake is van een rechtsbetrekking die ter vrije beschikking van partijen staat, kan het

¹¹¹ Zie bijvoorbeeld van Rb. Amsterdam 2 november 2010, *LJN* BP7372, Rb. Breda 4 april 2011, *LJN* BQ0572, Rb. 's-Hertogenbosch 14 januari 2011, *LJN* BP3054 en 1 april 2011, *LJN* BQ1307.

¹¹² Hof Leeuwarden 31 maart 2011, *LJN* BQ4084, *TvS* 2012, 357.

¹¹³ Hierbij is betrokken dat het aanbod is beoordeeld door een onafhankelijk bureau en als goed en betrouwbaar is beoordeeld.

¹¹⁴ Ynzonides, diss. 1996, p. 53, citerende Cleveringa. Zie tevens HR 17 januari 1969, *LJN* AB5051, *NJ* 1969/112.

¹¹⁵ W.D.H. Asser, Artikel 149 Rv: niet (voldoende) betwiste feiten moet de rechter als vaststaand beschouwen, *Waarom Eigenlijk? In: uit de praktijk, Liber Amicorum mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt*, Deventer, Kluwer 2012, p. 36.

ontbreken van verweer volgens Ynzonides tot automatische toewijzing van het verzoek leiden.

Doet deze laatste redenering opgeld in 287a-procedures of zou de in art. 139 Rv neergelegde toets moeten worden gehanteerd? Een 287a-verzoek ziet op een rechtsbetrekking die ter vrije beschikking van partijen staat. Dat pleit – in de redenering van Ynzonides – voor automatische toewijzing van het verzoek. Toch lijkt mij dit niet de juiste maatstaf. Een 287a-verzoek strekt ertoe dat een uitzondering op een van de centrale beginselen van het vermogensrecht wordt gemaakt, te weten de verplichting van schuldenaren hun verbintenissen na te komen.¹¹⁶ De aldus gekenschetste aard van het verzoek en de maatschappelijke taak van de rechter om tot op zekere hoogte te voorkomen dat beslissingen in strijd met de waarheid worden genomen, zoals beschreven in hoofdstuk 2, pleit voor een zekere controlerende taak van de rechter zoals in de regeling van art. 139 Rv neergelegd. Daar komt bij dat art. 287a is gegrond op jurisprudentie in dagvaardingszaken en strikt genomen niet in de Faillissementswet thuis hoort nu het geen procedure tot opening van een insolventie betreft noch een procedure betreffende een reeds geopende insolventie. Dat art. 287a een verzoekschriftprocedure is, is dus min of meer toevallig.

Hoe dient beoordeling van 287a-verzoeken in verstekzaken aan de hand van art. 139 Rv dan plaats te vinden? Voor beantwoording van die vraag dient eerst onderzocht te worden of en in hoeverre op verzoeker een stelplicht rust. De stelplicht (en bewijslastverdeling) is naar Nederlands (proces)recht aangesloten bij de materiële rechtsregel die het geschil beheerst. Dit wordt de objectief rechtelijke theorie genoemd.¹¹⁷ Ook bij de beantwoording van de vraag wat een verzoeker in het 287a-verzoek moet stellen zou het in art. 287a lid 5 vermelde beoordelingscriterium (de materiële rechtsregel) als uitgangspunt moeten worden genomen.

Daarnaast is van belang dat het recht (of: de bevoegdheid) van de schuldeiser niet in te stemmen met het aanbod voor een minnelijke schuldregeling en daarmee het belang dat de schuldeiser heeft bij volledige betaling zijn vordering voorop staat. Dit volgt zowel uit art. 3:276 BW waarin is bepaald dat een schuldeiser zijn vordering op alle goederen van de schuldenaar kan verhalen (tenzij wet of overeenkomst anders bepaalt) als uit de tekst van lid 5 van art. 287a waarin het belang van de schuldeiser bij uitoefening van de bevoegdheid tot weigering als gegeven wordt beschouwd.¹¹⁸

Bij de beoordeling van het verzoek gaat het om de vraag of de niet-instemmende schuldeiser ‘in redelijkheid niet tot weigering van instemming met de schuldregeling heeft kunnen komen, in aanmerking genomen de onevenredigheid tussen het belang dat hij heeft bij uitoefening van de bevoegdheid tot weigering en de belangen van de schuldenaar of van de overige schuldeisers die door die weigering worden geschaad’. Dat wil zeggen dat sprake moet zijn

¹¹⁶ Wessels Insolventierecht VI 2013/6227. Zie Hof 's-Hertogenbosch 26 februari 2013, *L/JN* BZ3524.

¹¹⁷ Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 205.

¹¹⁸ Daarom zijn de uitspraken waarin wordt overwogen dat het belang met de weigering reeds is gegeven in lijn met lid 5 van art. 287a.

van een zodanige onevenredigheid tussen het belang van de schuldeiser bij zijn weigering en het belang dat daardoor wordt geschaad, te weten het belang van de verzoeker (en dat van de overige schuldeisers), dat de schuldeiser in redelijkheid niet tot weigering van instemming met de schuldregeling heeft kunnen komen. Dit komt overeen met het in art. 3:13 lid 2 BW gegeven (derde) voorbeeld van een geval van misbruik van bevoegdheid. Uit de wetsgeschiedenis van art. 3:13 BW blijkt dat het dan gaat om handelingen waartoe geen redelijk mens kan komen na afweging van alle in aanmerking komende belangen. De uitoefening van een bevoegdheid moet dus in hoge mate onredelijk en onbillijk zijn.¹¹⁹ Dit brengt mee dat van de schuldenaar verlangd mag worden dat hij zijn stelling deugdelijk, voorzien van een duidelijke toelichting, onderbouwt.¹²⁰ Met Wessels kan gesproken worden van een zwaarwegende stelplicht.¹²¹ Van der Heiden benadrukt eveneens de stelplicht.¹²² De rechter dient ook bij onbekendheid met de motieven van de schuldeiser te onderzoeken of aan de stelplicht is voldaan.¹²³

Gelet op het beoordelingscriterium van art. 287a lid 5 zal verzoeker moeten stellen dat sprake is van de daarin genoemde 'onevenredigheid'. Deze stelplicht is niet beperkt tot de belangen van de verzoeker bij een (minnelijke) schuldregeling. Verzoeker zal zijn stellingen bovendien, gelet op de verzwaarde stelplicht, zoveel mogelijk met stukken moeten onderbouwen. Dat stellen en onderbouwen moet gebeuren aan de hand van de in par. 5.2.3 genoemde criteria uit de memorie van toelichting bij art. 287a, voorzover verzoeker daarover – uiteraard – informatie over heeft. Verzoeker zal mijns inziens in elk geval aan de hand van de eerste vijf gezichtspunten/criteria moeten stellen en onderbouwen dat

- a. het schikkingsvoorstel door een onafhankelijke en deskundige partij is getoetst (bijvoorbeeld een gemeentelijke kredietbank);
- b. het schikkingsvoorstel goed en betrouwbaar is gedocumenteerd;
- c. voldoende duidelijk is gemaakt dat het aanbod het uiterste is waartoe de schuldenaar financieel in staat moet worden geacht;
- d. het alternatief van faillissement of schuldsanering geen uitzicht voor de schuldenaar noch voor de niet-instemmende schuldeiser biedt.

119 In de toelichting is dit als volgt tot uitdrukking gebracht: 'Het ontwerp spreekt niet van: naar redelijkheid had mogen komen, maar evenals de Hoge Raad van: naar redelijkheid niet had kunnen komen, om te kennen te geven dat ieder redelijk oordelend mens in het gegeven geval tot dezelfde conclusie zal komen.' Parl. Gesch. Boek 3 (inv. 3, 5 en 6), p. 1040. Rodenburg 1985, p. 49 en 50.

120 Er is geen sprake van een verzwaarde stelplicht in de zin van de rechtspraak van de Hoge Raad, zoals in HR 15 december 2006, *NJ* 2007/203, m.nt. M.R. Mok. De verzwaarde stelplicht betreft een processuele mededelingsplicht ter relativering van een in sommige gevallen – zoals aansprakelijkheid van medici – als bezwaarlijk ervaren verdeling van bewijslast.

121 Wessels Insolventierecht VI 2013/6227. Dit is anders dan bij procedures betreffende de homologatie van een aangenomen akkoord in een faillissement of schuldsaneringsregeling. Die procedure moet volgens de Hoge Raad niet worden gezien als een procedure op tegenspraak tussen partijen maar als een op een spoedige beslissing over het akkoord gerichte procedure, waarin de rechter naar eigen inzicht zijn goedkeuring aan het akkoord verleent of weigert zonder daarbij in enig opzicht gebonden te zijn aan hetgeen door de bewindvoerder, de schuldeisers en de schuldenaar als hun standpunt naar voren is gebracht. De gewone regels van stelplicht en bewijslast zijn niet van toepassing. Zie Hoge Raad HR 15 december 2000, *LJN* AA9052, *NJ* 2001/262, m.nt. PvS en HR 26 augustus 2003, *LJN* AI0369, *NJ* 2004/549.

122 Van der Heiden 1997, p. 656, onder verwijzing naar Rb. Zwolle-Lelystad 26 april 1996, *KG* 196, 192. Van der Heiden 2008, p. 166.

123 Rb. Dordrecht 28 april 2009, *LJN* BJ0056 oordeelde dat de stelplicht en bewijslast bij de weigerende schuldeiser ligt.

Met de verplichte overlegging van het Wsnp-verzoek en een (gespecificeerde) vtlb-berekening (art. 3.2.3.4 Procesreglement insolventiezaken) onderbouwt verzoeker de onder b en c genoemde omstandigheden. Daarnaast moet worden aangegeven wie het voorstel heeft getoetst.

Noordam heeft zich afgevraagd of de schuldenaar in het kader van een 287a-verzoek zijn goede trouw aannemelijk moet maken of dat de rechter alleen aan de goede trouw toetst als de weigerende (i.e. niet-instemmende) schuldeiser een beroep doet op een het ontbreken van goede trouw.¹²⁴ Dit hangt af van het antwoord op de vraag of de schuldenaar het aanbod onderbouwt onder verwijzing naar hetgeen in een schuldsaneringsregeling naar verwachting aan de schuldeisers kan worden uitgekeerd. Indien hij dat doet zal uit zijn stellingen, onderbouwd met de stukken, moeten blijken dat toelating tot die schuldsaneringsregeling aannemelijk is. In het bijzonder moet dan aandacht worden besteed aan de in art. 288 lid 1 en lid 2 genoemde toelatingsvereisten (lid 1) en afwijzingsgronden (lid 2). In het bijzonder moet aannemelijk worden gemaakt dat de schuldenaar in de periode van vijf jaar voor indiening van het (Wsnp-) verzoek ten aanzien van het ontstaan of onbetaald laten te goeder trouw is geweest (art. 288 lid 1 onder b) en dat hij de uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen naar behoren zal nakomen.

Verzoeker kan daarnaast stellen (en onderbouwen) wat het belang van de instemmende schuldeisers is bij het tot stand komen van een schuldregeling.

Als de rechter op enig punt aan de gegrondheid van de aan het verzoek ten grondslag gelegde feiten twijfelt, staat het hem vrij staat nadere inlichtingen op te vragen, zoals in de dagvaardingsprocedure het geval is (art. 22 Rv). Te denken valt aan het geval dat de rechter twijfelt aan de juistheid van de gehanteerde berekening van het vrij te laten bedrag.

De jurisprudentie na 2008 volgt over het algemeen de hiervoor geschetste aanpak.¹²⁵

5.4.6.3 MOTIVERING VERSTEKVONNISSEN IN 287A-ZAKEN

Een andere vraag is hoe de toewijzing van het verzoek bij niet-verschijnen moet worden gemotiveerd. Hiervoor is beschreven dat in een aantal uitspraken bij niet-verschijnen van de schuldeiser de voor verstekzaken gebruikelijke zinsnede te vinden is dat het verzoek wordt toegewezen omdat het de rechtbank niet ongegrond of onrechtmatig voorkomt.¹²⁶ In de meeste gevallen wordt de beslissing (waaronder de toewijzing) uitgebreider gemotiveerd en wordt het verzoek getoetst aan de in de wetsgeschiedenis genoemde criteria. Dat lijkt gelet op de hiervoor beschreven stelplicht van de verzoeker te verkiezen. Indien 287a-verzoeken zonder enige motivering worden toegewezen, kan in het minnelijke traject de indruk ontstaan dat de rechter minder goed naar het aanbod en de totstandkoming daarvan kijkt en kan binnen de rechtbank de neiging ontstaan

¹²⁴ Noordam e.a. 2013, p. 83.

¹²⁵ Zie bijvoorbeeld Rb. Utrecht 11 november 2010, *LJN* BO3685. In deze zaak werd weliswaar de 'verstekformule' gebruikt (niet onrechtmatig of ongegrond), maar daarop volgt een uitgebreide inhoudelijke beoordeling en afwijzing van het verzoek.

¹²⁶ Zie Rb. Breda 17 juni 2008, *LJN* BD4389 en Rb. Haarlem 23 april 2008, *LJN* BD0260.

dergelijke verstekverzoeken wat makkelijker (marginaal) te beoordelen. Uit de jurisprudentie blijkt dat de kwaliteit van de minnelijke voorstellen nogal eens te wensen overlaat, zodat een volledige en strenge controle gewenst is.¹²⁷

5.4.6.4 VERWEERSCHRIFT

Tot slot past nog een opmerking over het verweerschrift. Uit de jurisprudentie blijkt dat de schuldeiser meestal niet ter zitting verschijnt. Na alle moeite die een schuldeiser veelal heeft gedaan om tot incasso van de vordering te komen en na ontvangst van het vaak relatief magere aanbod van de schuldhelpverlener, zal hij weinig animo hebben om naar die zitting te komen. Daarom rijst de vraag waarom de schuldeiser niet door de insolventierechter in de gelegenheid wordt gesteld om zijn verweer zo nodig (nader) in een verweerschrift vast te leggen.¹²⁸ Uit de jurisprudentie en de Recofa-enquête blijkt enerzijds dat de rechtbanken de schuldeisers hiertoe niet uitdrukkelijk in de gelegenheid stellen en anderzijds dat schuldeisers hiertoe vanaf ongeveer 2010 in toenemende mate overgaan.¹²⁹ Deze verweerschriften worden door de rechtbanken betrokken bij de beoordeling van het 287a-verzoek. Hier kan een vergelijking met de verzoekschriftprocedure in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering worden gemaakt. In art. 282 Rv is bepaald dat iedere belanghebbende tot de aanvang van de behandeling of, als de rechter dat toestaat, in de loop van de behandeling een verweerschrift kan indienen.

5.4.7 Bewijsrecht

De Hoge Raad heeft in het Payroll-arrest uitdrukkelijk vermeld dat de schulde-naar zo nodig de feiten en omstandigheden die ten grondslag liggen aan zijn vordering tot het opleggen van een dwangregeling (het betrof een kortgeding-procedure) dient te bewijzen. Geëxtrapoleerd naar de procedure van art. 287a betekent dit dat ook hier de regels van bewijsrecht van toepassing zijn. Dit volgt voorts uit het toepasselijke, althans overeenkomstig toe te passen art. 284 Rv.

De jurisprudentie laat echter een ander beeld zien. In geen enkele uitspraak komt nadere bewijslevering aan de orde of wordt deze opgedragen. De jurisprudentie wekt de indruk van een spoedprocedure waarin voor bewijslevering geen plaats is. Dat de insolventierechter de procedure als een spoedprocedure voert, kan ten eerste verklaard worden uit de tekst van de wet. Art. 287a vermeldt dat terstond na ontvangst van een 287a-verzoek een datum voor de

¹²⁷ Rb. 's-Hertogenbosch 20 februari 2009, *LJN* BI0660 Rb. 's-Hertogenbosch 17 juli 2012, *LJN* BX3688: één schuldenlijst bij samenwonende schuldenaren. Waarschijnlijk kennen veel schuldhelpverleners het (juridische) verschil tussen samenwonende en (in gemeenschap van goederen) getrouwde schuldenaren niet. Rb. Rotterdam 29 mei 2009, *LJN* BI9013: aan de schuldeisers was niet gevraagd opgave van hun vordering te doen op een nader vastgestelde datum. Hierdoor was onduidelijk hoe hoog de totale schuldenlast (op enig moment) was. Daarnaast was de vordering van de belastingdienst op grond van art. 29 lid 2 Wet op de Omzetbelasting 1968 niet duidelijk. Rb. Utrecht 14 oktober 2010, *LJN* BO1001: vordering van de belastingdienst (terugbetaling huurtoeslag) ten onrechte aangemerkt als preferent. Rb. Roermond 18 april 2008, *LJN* BD0432: de juistheid van een fiscale schuld niet onderzocht.

¹²⁸ In het ontwerp van Vriesendorp c.s. is daarin uitdrukkelijk voorzien (art. 365): R.D. Vriesendorp, R.M. Hermans & K.A.J. de Vries, 'Wetsvoorstel tot aanpassing van de Faillissementswet door uitbreiding met titel IV', *TvT* 2013, 20.

¹²⁹ Zie bijvoorbeeld Rb. Leeuwarden 29 juni 2010, 103247 RK 10.183 en 105568 RK 10.423 (niet gepubliceerd) en Rb. Haarlem 5 oktober 2010, *LJN* BO6304, *TvS* 2011, 339.

mondelinge behandeling moet worden bepaald. Daarnaast dient de rechtbank op de dag van die mondelinge behandeling of anders op de achtste dag daarna al uitspraak te doen. Dit is, gelet op het definitieve karakter van de beslissing, een bijzonder korte termijn, zij het dat dergelijke termijnen passen bij het insolventieprocesrecht. Het niet toepassen van regels van bewijsrecht is ten tweede te verklaren uit de omstandigheid dat daarvoor in het insolventieprocesrecht geen rol is weggelegd. De insolventierechter baseert zijn beslissing op hetgeen hem voor wat betreft de relevante feiten en omstandigheden aannemelijk voorkomt.

De korte termijnen en het niet toepassen van de regels van bewijsrecht verhouden zich echter slecht tot de aard van het 287a-verzoek en de te geven beslissing. Het verzoek houdt immers een definitieve en gedwongen verkorting van de rechten van een schuldeiser in, hetgeen een inbreuk op een fundamentele grondregel van ons vermogensrecht is.

5.5 Het beoordelingscriterium

Bespreking van het beoordelingscriterium van art. 287a valt buiten het bestek van dit onderzoek, waarin de procesrechtelijke aspecten bij de beoordeling van 287a-verzoeken aan bod komen. Deze aspecten zijn in de vorige paragraaf aan de orde gekomen. Het gaat om de eis dat het 287a-verzoek vergezeld moet gaan van een volledig Wsnp-verzoek, dat het aanbod goed en betrouwbaar is gedocumenteerd, dat het moet zijn gedaan of getoetst door een onafhankelijke en deskundige partij en op welke wijze de aan het verzoek ten grondslag gelegde feiten worden vastgesteld. Bij de beoordeling van verstekzaken dient tot slot het beoordelingscriterium te worden betrokken omdat dat naar Nederlands procesrecht de omvang van de stelplicht bepaalt. Dit is in par. 5.4.5 uitgewerkt.

5.6 De beslissing

5.6.1 *Algemeen*

De beslissing op een 287a-verzoek is een vonnis omdat art. 287a dat bepaalt. De rechter dient op het voorliggende verzoek te beslissen. Hij kan slechts beslissen of de niet-instemmende schuldeiser gedwongen kan worden (door middel van de uitspraak op het 287a-verzoek) met het gedane aanbod in te stemmen. Als hij in zijn beslissing nadere verplichtingen aan de schuldenaar oplegt, vormen deze nog geen onderdeel van de tussen schuldenaar en schuldeisers tot stand gekomen (dwang)overeenkomst.¹³⁰ Dit komt overeen met het toepasselijke, althans analogisch toe te passen, art. 24 Rv.

5.6.2 *Proceskosten*

Art. 287a lid 6 bepaalt dat de weigerende schuldeiser bij toewijzing van het verzoek in de kosten wordt veroordeeld. Met 'kosten' worden de proceskosten

130 Rb. Utrecht 10 oktober 2012, *LJN* BY0070 (kort geding).

bedoeld.¹³¹ Op grond van de tekst ('wordt') en de totstandkomingsgeschiedenis moet de conclusie zijn dat sprake is van een automatisme. In de memorie van toelichting bij art. 287a staat immers dat de kostenveroordeling een stimulans voor de schuldeiser moet zijn om tot een schuldregeling te komen.¹³²

Zowel uit de jurisprudentie als uit de Recofa-enquête blijkt dat rechters verschillend omgaan met deze bepaling.¹³³ Eerst wordt deze jurisprudentie en de Recofa-enquête besproken. Daarna wordt een voorstel gedaan voor een meer uniforme rechtstoepassing.

5.6.2.1 JURISPRUDENTIE MET BETREKKING TOT PROCESKOSTENVEROORDELING

In de praktijk is de proceskostenveroordeling geen automatisme. Een aantal rechtbanken stelt, blijkens de Recofa-enquête, aanvullende voorwaarden.¹³⁴ Zo zijn er rechtbanken die als eis stellen dat de schuldeiser in het minnelijke traject is gewezen op het risico van een proceskostenveroordeling. Een andere rechtbank gaat alleen tot een dergelijke veroordeling over als sprake is van een zogeheten repeatplayer (daarmee wordt bedoeld een schuldeiser die ervaring heeft met het minnelijke/wettelijke traject). Eén rechtbank merkt op dat een proceskostenveroordeling wordt gevraagd en gegeven als de schuldeiser in het minnelijke traject niet van zich liet horen en pas na indiening van het 287a-verzoek akkoord ging.

De Rechtbank Utrecht sprak een proceskostenveroordeling uit omdat de weigerende schuldeisers geen inzicht hadden gegeven in de redenen van hun weigering.¹³⁵ Ten slotte zijn er rechtbanken die bij het al dan niet geven van een proceskostenveroordeling betrekking of daarom in het 287a-verzoek is gevraagd.¹³⁶

De jurisprudentie is eveneens verdeeld waar het de hoogte van de proceskostenveroordeling betreft.¹³⁷ Er is een groot aantal uitspraken waarin de proceskosten op nihil zijn gesteld omdat er geen sprake is van rechtsbijstand dan wel omdat het 287a-verzoek geen kosten met zich brengt voor de verzoeker.¹³⁸ Hierop is kritiek gekomen van Schruer.¹³⁹ Volgens haar wordt de regel van art. 287a lid 6 met deze benadering tot een dode letter gemaakt terwijl het voorbereiden en indienen van een 287a-verzoek veel werk met zich brengt.

Andere rechtbanken veroordelen de in het ongelijk schuldeiser wel in de proceskosten, hetzij op basis van het zogeheten liquidatietarief voor civiele

131 MvT, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 942 nr. 3, p. 18.

132 MvT, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 942 nr. 3, p. 18.

133 Engberts 2014, p. 23.

134 Engberts 2014.

135 Rb. Utrecht 14 juni 2012, *LJN* BW9583. In gelijke zin: Rb. 's-Hertogenbosch 23 maart 2012, *LJN* BX7049.

136 Rb. Leeuwarden 15 maart 2012, 117609/RK 12.99 (niet gepubliceerd).

137 Dat rechters verdeeld zijn over de proceskostenveroordeling in 287a-zaken blijkt voorts uit Jungmann&Kruis 2014, p. 72.

138 Onder andere: Rb. Breda 28 april 2008, *LJN* BD4382, Rb. Middelburg 16 april 2008, *LJN* BD4816, *TvS* 2010, 310, Rb. Amsterdam 10 maart 2009, *LJN* BI4237 en Rb. 's-Hertogenbosch 25 februari 2011, *LJN* BP6074. Er zijn voorts uitspraken waarin niets over de proceskosten wordt vermeld: Rb. 's-Hertogenbosch 17 januari 2011, *LJN* BP3066, Rb. Arnhem 4 april 2011, *LJN* BQ3189 en Rb. Utrecht 7 juli 2011, *LJN* BR2552.

139 H.D.L.M. Schruer, 'Als er twee schaapjes over de dam zijn, moeten er meer volgen', *TvS* 2010/4, p. 3.

zaken dan wel het liquidatietarief voor kantonzaken.¹⁴⁰ Onder meer de Rechtbank Rotterdam, het Hof Amsterdam¹⁴¹ en het Hof 's-Gravenhage¹⁴² hanteerden het liquidatietarief dat door de sector civiel wordt gebruikt en veroordeelden de schuldeiser op basis daarvan (1 punt) tot betaling van € 452,-. In die zaken werd verzoeker door een advocaat bijgestaan. De Rechtbanken Utrecht en 's-Hertogenbosch pasten dit (hoge) tarief toe en overwogen daarbij dat een verzoeker op grond van art. 285 en 287a moet worden begeleid door een daar genoemde schuldhelpverlener zoals een gemeentelijke kredietbank. Deze rechtbanken oordeelden dat dit vergelijkbaar is met het geval dat sprake is van verplichte bijstand.¹⁴³ De Rechtbank Maastricht sloot aan bij art. 238 Rv.¹⁴⁴ Daarin is geregeld hoe de proceskosten worden berekend in zaken waarin partijen in persoon kunnen procederen. De rechtbank betrok daarbij niet alleen de reiskosten van verzoeker (ad € 9,-) maar ook de kosten van een ter zitting verschenen vertegenwoordiger van een gemeentelijke instelling voor schuldhelpverlening en een eveneens ter zitting verschenen medewerker van het aan de orde zijnde project ten behoeve van jongeren met schulden ad € 18,- voor reiskosten en totaal ongeveer € 298,- voor verletkosten. Deze personen werden niet als gemachtigde aangemerkt. De Rechtbank Leeuwarden paste in een zaak het tarief toe dat de kantonrechter hanteert voor eenvoudige zaken bij kortgedingprocedures zijnde € 90,- per punt en kwam tot een bedrag van € 180,-.¹⁴⁵ In die uitspraak is vermeld dat verzoeker werd vergezeld door twee medewerkers van de Kredietbank Nederland. Zij werden evenmin als gemachtigde aangemerkt, zodat aangenomen moet worden dat zij verzoeker bijstand verleenden. Niet duidelijk is of per persoon een bedrag van € 180,- is toegekend of een punt voor het opstellen en indienen van het verzoek en daarnaast een punt voor de zitting als zodanig.

5.6.2.2 ANALYSE EN VOORSTEL

Art. 287a lid 6 bepaalt dat bij toewijzing van het 287a-verzoek de rechtbank de schuldeiser die instemming met de schuldregeling heeft geweigerd in de (proces)kosten veroordeelt. Er moet dienaangaande bij toewijzing dus steeds een beslissing worden gegeven. De wetgever heeft voor dit dwingende karakter gekozen teneinde weigerende schuldeisers af te schrikken. De bepaling veronderstelt dat de schuldeiser die het betreft in het ongelijk is gesteld, maar dat is niet altijd het geval. Uit de jurisprudentie valt namelijk af te leiden dat 287a-verzoeken soms worden toegewezen op basis van feiten en omstandigheden die de schuldeiser ten tijde van het doen van het aanbod niet bekend waren en/of pas ter zitting bekend worden.¹⁴⁶ Voorzover de informatie eerst ter zitting bekend

¹⁴⁰ Voor deze tarieven zie rechtspraak.nl.

¹⁴¹ Hof Amsterdam 4 maart 2010, *LJN* BL6811.

¹⁴² Hof 's-Hertogenbosch 25 maart 2009, *LJN* BI6348.

¹⁴³ Rb. Utrecht 14 juni 2012, *LJN* BW9583 en Rb. 's-Hertogenbosch 23 maart 2012, *LJN* BX7049.

¹⁴⁴ Rb. Maastricht 21 juni 2010, *LJN* BM9283, *TvS* 2011, 323. Zie in gelijke zin Rb. Leeuwarden 8 juli 2010, 104409 FT RK 10/303 (niet gepubliceerd). Verzoeker had een gemachtigde.

¹⁴⁵ Rb. Leeuwarden 8 juli 2010, 104409 FT RK 10/303 (niet gepubliceerd).

¹⁴⁶ Zie bijvoorbeeld Rb. 's-Hertogenbosch 25 februari 2011, *LJN* BP6074 en Rb. Amsterdam 2 november 2010, *LJN* BP7372.

wordt, is een proceskostenveroordeling niet op haar plaats.¹⁴⁷ Indien deze voor het eerst (bij de schuldeiser) bekend wordt bij de oproeping voor de zitting lijkt een proceskostenveroordeling slechts op haar plaats als uit die oproeping duidelijk blijkt dat de schuldeiser – mogelijk – nieuwe informatie ontvangt en geacht wordt zijn weigering te heroverwegen. In die zin oordeelde het Hof Arnhem in een arrest uit 2008 waarin de weigerende schuldeiser de appellant was:¹⁴⁸ ‘Het hof ziet echter aanleiding de kosten te compenseren in die zin dat ieder de eigen kosten zal dragen van zowel de procedure in eerste aanleg als die van het hoger beroep. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat van [appellant], zoals het hof hiervoor om de aangegeven reden overwoog, niet op voorhand medewerking aan het dwangakkoord kon worden verlangd. Daarbij geldt dat [geïntimeerden] pas in een laat stadium van de procedure in hoger beroep de gegevens hebben verschaft die minimaal nodig zijn voor de beoordeling van de vraag of van [appellant] een dergelijk offer kan worden gevergd. Al vóór de aanvang van de procedure hadden zij [appellant] eigener beweging een volledig inzicht in die gegevens moeten verschaffen. Dat het hof, omdat met de procedure in zaken van dwangakkoorden nog weinig ervaring bestond, dit uit een oogpunt van een behoorlijke rechtspleging niet onmiddellijk ten nadele van [geïntimeerden] heeft willen doen werken, pleit voor een compensatie van de kosten.’

Daarnaast is verdedigbaar dat geen proceskostenveroordeling wordt uitgesproken als de schuldeiser wegens zijn bijzondere positie niet op vrijwillige basis mag meewerken aan een minnelijke schuldsanering. Dit betreft bijvoorbeeld het UWV en de SVB met terugvorderingen van uitkeringen op grond van socialezekerheidswetten. In een aantal van deze socialezekerheidswetten is geregeld wanneer UWV of SVB in mogen stemmen met een akkoord in het minnelijke traject. In bepaalde gevallen, bijvoorbeeld bij schending door de schuldenaar (als uitkeringsgerechtigde) van zijn wettelijke inlichtingenplicht, is die vrijheid sterk ingeperkt.¹⁴⁹ De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de insolventierechter, bij de beoordeling van een 287a-verzoek, niet aan deze regels is gebonden.¹⁵⁰

Indien geoordeeld wordt dat de schuldeiser daadwerkelijk in het ongelijk wordt gesteld dient een proceskostenveroordeling te worden uitgesproken. Het voert te ver te eisen dat reeds in het minnelijke traject moet zijn aangekondigd dat een proceskostenveroordeling wordt gevraagd. Het zou gelet op de jurisprudentie zelfs misleidend zijn als de schuldeiser zou worden medegedeeld dat die gegeven zal worden.

De vraag is vervolgens om welke proceskosten het gaat. Griffierecht is niet verschuldigd. Als verzoeker geen gemachtigde heeft zal het gaan om reis- en/of verletkosten zoals bedoeld in art. 239 Rv. Er zijn enkele uitspraken waarin de schuldeiser wordt veroordeeld om de reiskosten te voldoen.¹⁵¹ Als de verzoeker een gemachtigde heeft, ziet een proceskostenveroordeling op de kosten van deze gemachtigde. Het is de vraag of verzoeker steeds een gemachtigde heeft in die zin dat deze de procedure namens de verzoeker voert. Het komt geregeld voor

147 In die zin Rb. 's-Hertogenbosch 10 april 2012, *LJN* BX6258.

148 Hof Arnhem 12 september 2008, *LJN* BF0769. In deze zin Rb. Utrecht 28 juni 2012, *LJN* BX0521.

149 Zie bijvoorbeeld art. 36c WW en 34 Zw.

150 HR 9 juli 2010, *LJN* BM3975, *NJ* 2010/648, m.nt. Verstijnen. Ten aanzien van SVB zie: Rb. Midden-Nederland 27 maart 2014, *ECLI:NL:RBMNE:2014:1279*.

151 Rb. Maastricht 21 juni 2010, *LJN* BM9283, *TvS* 2011, 323.

dat de verzoeker wordt bijgestaan door een derde, veelal een schuldhulpverlener. Deze schuldhulpverlener helpt verzoeker weliswaar maar voert niet de procedure. Dat doet verzoeker zelf. Dit onderscheid tussen een gemachtigde en degene die bijstand verleent, wordt gemaakt in art. 80 Rv. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 80 Rv blijkt dat deze bepaling met art. 8:24 Awb is afgestemd.¹⁵² Het onderscheid kan aan de hand van die wetsbepaling (art. 8:24 Awb) en haar ontstaansgeschiedenis als volgt worden geduid. Van bijstand is sprake als de bijgestane partij persoonlijk aanwezig is en zelf de processuele handelingen verricht. Het recht zich te laten bijstaan door een ander impliceert het recht die ander op een zitting het woord te laten voeren. Het verschil met de gemachtigde is dat deze de verzoeker vertegenwoordigt. Van vertegenwoordiging (door een gemachtigde) is sprake als de vertegenwoordigde partij niet persoonlijk of alleen als waarnemer aanwezig is. Kern van deze rechtsfiguur is dat handelingen van de vertegenwoordiger aan de vertegenwoordigde worden toegerekend. Degene die zijn belangen in een procedure in handen legt van een gemachtigde moet in het algemeen de gevolgen van diens processuele optreden dragen.¹⁵³ In kantonzaken komt het geregeld voor dat een partij zich laat bijstaan in voornoemde zin. Te denken valt aan het geval dat een procespartij een kennis, vriend(in) of familielid ter ondersteuning meeneemt en deze mede het woord voert: er is dan geen sprake van vertegenwoordiging. In de dagvaardingsprocedure wordt geen proceskostenveroordeling in verband met de kosten van de bijstandsverlener uitgesproken. De wet biedt daarvoor geen grondslag. Er is tegen die achtergrond onvoldoende aanleiding om in het geval van bijstandsverlening in art. 287a-zaken een proceskostenveroordeling uit te spreken.

Een proceskostenveroordeling is, het voorgaande samenvattend, op haar plaats als het 287a-verzoek wordt toegewezen, de schuldeiser (daadwerkelijk) in het ongelijk wordt gesteld en de procedure namens verzoeker door een gemachtigde is gevoerd.

De kosten van de gemachtigde, bijvoorbeeld een gemeentelijke schuldhulpverlener, komen niet steeds ten laste van de verzoeker. Kan dan een proceskostenveroordeling gegeven worden?¹⁵⁴ In de dagvaardingsprocedure wordt een proceskostenveroordeling eveneens uitgesproken indien een partij procedeert met een gemachtigde die in dienst is van zijn rechtsbijstandsverzekeraar.¹⁵⁵ Als duidelijk is dat geen kosten betaald worden, wordt in het bestuursrecht geen proceskostenveroordeling uitgesproken. Een no cure no pay afspraak is in beginsel voldoende.¹⁵⁶ De Hoge Raad wijst in zijn uitspraak ten aanzien van de proceskosten van een gemachtigde in kort geding eveneens naar de 'ter zake gemaakte kosten'.¹⁵⁷

¹⁵² Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 240.

¹⁵³ Borman 2013, (T&C Awb), aant. 2 bij art. 8:24.

¹⁵⁴ Zie in dit verband Rb. Arnhem 28 april 2011, *LJN* BQ3186.

¹⁵⁵ Zie Hof Amsterdam 7 september 2007, *NJF* 2007/32 voor wat betreft buitengerechtelijke incassokosten bij een partij met een rechtsbijstandsverzekering. Er is verzekeringspremie betaald.

¹⁵⁶ Hof Amsterdam 13 oktober 2011, *LJN* BV1609. Vgl. voorts HR 26 september 2014, *ECLI:NL:HR:2014:2797* een no cure no pay-afpraak staat niet in de weg aan toewijzing van een vordering tot vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten ex art. 6:69 lid 2 onder b en c BW.

¹⁵⁷ HR 27 november 2009, *LJN* BJ7929, *FED* 2010, 12, m.nt. E. Poelman, *BNB* 2010, 63, m.nt. B.J. van Ettekhoven, *VN* 2009/61.10, m.nt. Red, *BB* 2009, 1621, m.nt. Kruimel.

Dit overziende is de conclusie dat een proceskostenveroordeling slechts op haar plaats is indien (de) kosten van de gemachtigde ten laste van verzoeker komen.¹⁵⁸

De volgende vraag is op welke wijze de kosten van de gemachtigde vastgesteld of begroot moeten worden. Hiervoor is gebleken dat in de jurisprudentie veel verschillende criteria worden gehanteerd. Het ligt voor de hand aansluiting te zoeken bij de wijze waarop proceskosten in verzoekschriftprocedures worden vastgesteld. In eerste aanleg geldt daarbij dat geen sprake is van een verplichte procesvertegenwoordiging. Voor zaken van onbepaalde waarde geldt een tarief van € 60,- tot € 800,- per punt.¹⁵⁹ Voor zowel het indienen van het verzoek- als verweerschrift als het verschijnen ter zitting wordt een punt toegekend. Voor zaken waarin ontbinding van een huurovereenkomst en ontruiming van een woning wordt gevorderd, wordt € 150,- per punt voor het salaris van de gemachtigde toegekend. Dit tarief geldt tevens voor vorderingen tussen de € 1.250,- en € 2.500,-. Voor vorderingen van € 500,- tot € 1.250,- geldt een tarief van € 100,- per punt. Een tarief van € 100,- à € 150,- lijkt goed te passen bij de aard, het belang en de gemiddelde omvang van de procedure van art. 287a.

Niet is bepaald dat de verzoeker zelf bij afwijzing van het verzoek in de proceskosten (van de niet-instemmende schuldeiser) kan worden veroordeeld. Onmogelijk lijkt dat echter niet. De Hoge Raad heeft immers in een arrest van 11 april 2008 geoordeeld dat bij procedures ex art. 358a (ontneming schone lei) met overeenkomstige toepassing van art. 289 Rv een proceskostenveroordeling ten laste van de voormalige schuldenaar kan worden uitgesproken.¹⁶⁰

5.6.3 *Uitvoerbaarheid bij voorraad?*

In art. 287a is niet bepaald dat een beslissing op het verzoek uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard. Vonnissen waarin het 287a-verzoek wordt toegewezen worden desondanks vaak wel uitvoerbaar bij voorraad verklaard. Uit die uitspraken blijkt niet dat schuldenaar daarom heeft verzocht. Dit wekt de indruk dat de insolventierechter – wellicht onbewust – 287a-verzoeken als een voorlopige voorzieningenprocedure beschouwt.¹⁶¹ Anderzijds geldt dat in het toepasselijke, althans analogisch toe te passen, art. 288 Rv (titel 3) is bepaald dat de rechter een (eind)beschikking uitvoerbaar bij voorraad kan verklaren. Uit de wetsgeschiedenis van art. 288 Rv volgt dat hij dat ambtshalve kan doen.¹⁶²

Overigens lijkt er niet veel noodzaak het vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. De schuldeiser die het betreft kan weliswaar in hoger beroep komen, maar de appeltermijn is zeer kort (acht dagen) en in de praktijk wordt zelden

¹⁵⁸ In die zin de annotatoren B.J. van Ettekhoven en E. Poelman bij het in de vorige noot genoemde arrest van de Hoge Raad.

¹⁵⁹ Zie de Staffel buitengerechtelijke incassokosten (BIK) en salarissen in rolzaken kanton op rechtspraak.nl (procedures/landelijke regelingen).

¹⁶⁰ HR 11 april 2008, *LJN* BC2721, *NJ* 2008/221, zie voorts par. 2.5.2.

¹⁶¹ Dit blijkt in elk geval uit de literatuur. Wessels en Lammers menen dat de insolventierechter bij de beoordeling van een 287a-verzoek in feite als voorzieningenrechter optreedt. Wessels *Insolventierecht* IX 2012/9065d en Lammers, *GS Faillissementswet*, art. 287a aant. 8. Kortmann & Faber 2007, p. 379, kenschetsen deze procedure als een kortgedingprocedure. De minister verwijst, waar het gaat om de proceskostenveroordeling ook naar kortgedingprocedures, zie *Kamerstukken II* 2005/06, 29 942 nr. 7, p. 80.

¹⁶² *Kamerstukken II* 1963/64, 7753, nr. 3, p. 7.

hoger beroep ingesteld door schuldeisers. Bij een percentageakkoord zal degene die het akkoord financiert bovendien met de uitvoering van de schuldregeling willen wachten tot de uitspraak – waarin het 287a-verzoek werd toegewezen – in kracht van gewijsde gaat. Bij een prognoseakkoord kan de schuldenaar – ervan uitgaande dat beslaglegging op het inkomen van de schuldenaar/verzoeker daaraan niet in de weg staat – beginnen met het sparen voor de schuldeisers. Tot uitbetaling aan schuldeisers zal het, binnen de termijn waarop in hoger beroep een beslissing kan worden verwacht, niet komen. Wel zou op basis van een uitvoerbaarbijvoorraadverklaring kunnen worden betoogd dat de weigerende schuldeiser met de toewijzing van het 287a-verzoek niet (meer) gerechtigd is tot het nemen of voortzetten van executiemaatregelen.

5.7 Verhouding tot een bodemprocedure

Bij art. 287a-verzoeken is geen sprake van een bodemprocedure, het is zelf een bodemprocedure. In de procedure van art. 287a wordt het geschil tussen de verzoeker en de weigerende (niet-instemmende) schuldeiser immers definitief beslecht. Er moet bij het 287a-verzoek weliswaar een Wsnp-verzoek worden ingediend, maar dat verzoek hoeft niet te worden gehandhaafd. Dankzij het meer genoemde arrest van de Hoge Raad van 14 december 2012 is het zelfs mogelijk enkel van een afwijzing van een 287a-verzoek in hoger beroep te komen.

5.8 Rechtsmiddelen

5.8.1 *Art. 292 en de door de Hoge Raad voorgeschreven toepassing*

In art. 292 zijn de rechtsmiddelen tegen uitspraken op 287a-verzoeken geregeld. De schuldeisers die het betreft kunnen hoger beroep instellen tegen het vonnis waarbij een bevel tot instemming met een schuldregeling werd gegeven. Er geldt een korte beroepstermijn van acht dagen. Het is niet duidelijk waarom deze beroepstermijn zo kort is, maar het past wel bij de korte termijnen in art. 287a zelf alsook bij het insolventieprocesrecht. De wetgever heeft er uitdrukkelijk voor gekozen de schuldenaar geen recht van hoger beroep toe te kennen tegen het vonnis waarbij de gedwongen schuldregeling werd afgewezen.¹⁶³ Dit zou de procesgang van de schuldsaneringsregeling te veel compliceren. Blijkens art. 292 lid 3 kan door de schuldenaar een afgewezen 287a-verzoek alleen in het kader van een hoger beroep (of beroep in cassatie) tegen de afwijzing van het onderliggende Wsnp-verzoek aan de hogere rechter worden voorgelegd.¹⁶⁴ De Hoge Raad heeft die bepaling in het arrest van 14 december 2012 arrest echter aangevuld.¹⁶⁵ In dat arrest heeft ons hoogste rechtscollege geoordeeld dat

¹⁶³ *Kamerstukken II*, 29 942 nr. 3, p. 23, nr. 4, p. 3 en nr. 7, p. 87.

¹⁶⁴ Indien het 287a-verzoek is afgewezen en enige tijd daarna het Wsnp-verzoek wordt afgewezen kan de schuldenaar van die laatste beslissing dus in hoger beroep. Hij kan dan tevens het 287a-verzoek aan het hof voorleggen. Dit kan ook als het hoger beroep meer dan acht dagen na de afwijzing van het 287a-verzoek wordt ingesteld, zie Hof Amsterdam 7 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4634.

¹⁶⁵ HR 14 december 2012, *LJN* BY0966, *NJ* 2013/43.

toewijsbaarheid van het Wsnp-verzoek geen voorwaarde voor toewijsbaarheid van het 287a-verzoek is. De Hoge Raad heeft daarbij onder ogen gezien dat dat oordeel gevolgen heeft voor de toepassing van het stelsel van rechtsmiddelen van art. 292 en beslist dat de schuldenaar hoger beroep (en beroep in cassatie) kan instellen indien het 287a-verzoek wordt afgewezen en er niet is beslist op het onderliggende Wsnp-verzoek omdat dit is ingetrokken. De Hoge Raad beschrijft in het arrest van 14 december 2012 vier gevallen:

a. Het 287a-verzoek wordt afgewezen en het Wsnp-verzoek wordt door de rechtbank toegewezen. Er staat noch voor de schuldenaar noch voor de schuldeisers een rechtsmiddel open. Dit is neergelegd in art. 292 lid 2.

b. Zowel het 287a-verzoek als het Wsnp-verzoek worden door de rechtbank afgewezen. De schuldenaar kan in hoger beroep tegen de uitspraak tot afwijzing van het Wsnp-verzoek. In het inleidende verzoekschrift kan hij tevens zijn 287a-verzoek aan het hof voorleggen, zie art. 292 lid 3, tweede volzin. Als het hof beide verzoeken afwijst, staat van die beslissing beroep in cassatie open. Als het hof vervolgens het 287a-verzoek afwijst maar het Wsnp-verzoek toewijst staat daartegen geen rechtsmiddel open, zie onder a.

c. Het 287a-verzoek wordt afgewezen en verzoeker heeft het Wsnp-verzoek niet gehandhaafd (ingetrokken). Volgens de Hoge Raad brengt een redelijke en met de behoefte van de praktijk strokende uitleg dan mee dat de schuldenaar in hoger beroep kan komen tegen de afwijzing van het 287a-verzoek, zonder daarbij het ingetrokken Wsnp-verzoek in het hoger beroep te betrekken. Als het hof vervolgens het 287a-verzoek afwijst, kan de schuldenaar daartegen cassatieberoep instellen. Het bepaalde in art. 292 lid 3, 4, 5 en 7 is, aldus de Hoge Raad, hierbij van toepassing. Dat betekent dat dezelfde beroepstermijnen gelden (acht dagen) en dat het beroep moet worden ingesteld door het indienen van een verzoekschrift. Hiermee creëert de Hoge Raad een nieuw, buitenwettelijk rechtsmiddel. Opvallend is dat de Hoge Raad er geen aandacht aan schenkt dat de wetgever er juist uitdrukkelijk voor heeft gekozen de verzoeker in dit geval geen recht van hoger beroep toe te kennen.

d. Het 287a-verzoek wordt toegewezen. De schuldeiser die het betreft kan tegen die toewijzing in hoger beroep komen. Als dat beroep wordt verworpen, kan beroep in cassatie worden ingesteld. Als het 287a-verzoek in hoger beroep alsnog wordt afgewezen dan dient het hof te onderzoeken of de schuldenaar zijn Wsnp-verzoek in hoger beroep handhaaft. Aangenomen moet worden dat het hof, indien dat het geval is, op dat (subsidiäre) Wsnp-verzoek moet beslissen. Als dat wordt toegewezen staat geen rechtsmiddel open. Als het wordt afgewezen kan beroep in cassatie worden ingesteld (van beide beslissingen).

In het geval beschreven onder c kent de Hoge Raad de schuldenaar dus, buiten de wet om, een recht van hoger beroep toe. Het Wsnp-verzoek, dat wil zeggen de daarbij horende informatie, dient nog wel als onderbouwing van het 287a-verzoek maar staat daar los van omdat (a) toelating tot de schuldsaneringsregeling geen voorwaarde is voor toewijzing van het 287a-verzoek, (b) het Wsnp-verzoek kan worden ingetrokken en (c) hoger beroep en beroep in cassatie slechts het 287a-verzoek kunnen betreffen.

De Hoge Raad noemt niet het geval dat beide verzoeken (287a- en Wsnp-verzoek) worden afgewezen en dat de schuldenaar alleen appelleert van de

afwijzing van het 287a-verzoek. Die situatie deed zich voor in de zaak die leidde tot een uitspraak van Hof 's-Hertogenbosch in 2010. De schuldenaar/verzoeker had zelfs bewust geen beroep ingesteld tegen de afwijzende beslissing van de rechtbank op het Wsnp-verzoek en zich dus beperkt tot een beroep tegen de afwijzing van het 287a-verzoek.¹⁶⁶ Het hof oordeelde onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis dat dit niet mogelijk is en verklaarde verzoeker niet-ontvankelijk in het hoger beroep. In zijn arrest van 21 december 2010 herhaalde hij dit oordeel.¹⁶⁷ In het licht van het arrest van 14 december 2012 is dit waarschijnlijk niet juist. Het niet-appelleren van de afwijzing van het Wsnp-verzoek kan immers gelijk worden gesteld met het (alsnog) intrekken van dat Wsnp-verzoek.¹⁶⁸

5.8.2 *Niet-ontvankelijkverklaring en hoger beroep*

Het is mogelijk dat de verzoeker niet-ontvankelijk wordt verklaard in zowel het 287a-verzoek als het Wsnp-verzoek. Het gaat om gevallen waarin de rechter oordeelt dat het Wsnp-verzoek niet compleet is. Het is vaste jurisprudentie dat ook van een niet-ontvankelijkverklaring hoger beroep kan worden ingesteld.¹⁶⁹ Hof Arnhem heeft geoordeeld dat het 287a-verzoek niet voor het eerst in hoger beroep kan worden gedaan.¹⁷⁰

5.8.3 *Griffierecht in (hoger) beroep*

Voor de indiening van het 287a-verzoek is geen griffierecht verschuldigd omdat het onderdeel uitmaakt van het Wsnp-verzoek en daarvoor (evenmin) griffierecht is verschuldigd. De Hoge Raad heeft meermalen beslist dat een schuldenaar geen griffierecht is verschuldigd als hij in beroep (in cassatie) komt van een afwijzing van het Wsnp-verzoek.¹⁷¹ Dit is inmiddels vastgelegd in de Wet griffierechten burgerlijke zaken (art. 4 lid 2 onder j).

In het 14 december 2012-arrest overweegt de Hoge Raad dat evenmin griffierecht is verschuldigd door de schuldenaar die een rechtsmiddel aanwendt tegen afwijzing van zijn 287a-verzoek respectievelijk Wsnp-verzoek.¹⁷² Hieruit moet worden afgeleid dat dit ook geldt als het Wsnp-verzoek is ingetrokken en het rechtsmiddel enkel de afwijzing van het 287a-verzoek betreft.

Als een schuldeiser een rechtsmiddel instelt tegen toewijzing van het 287a-verzoek is hij wel griffierecht verschuldigd.

¹⁶⁶ Hof 's-Hertogenbosch 7 december 2010, *LJN* BO6687.

¹⁶⁷ Hof 's-Hertogenbosch 21 december 2010, *LJN* BO8515.

¹⁶⁸ Zie Hof 's-Hertogenbosch 16 februari 2013, *LJN* BZ3524. Blijkens het arrest had de rechtbank het Wsnp-verzoek afgewezen. Er was mede geappelleerd van die afwijzing. Dit hoger beroep werd nadien ingetrokken. Dat leidde niet tot niet-ontvankelijkverklaring van verzoeker (dit werd op andere gronden beslist).

¹⁶⁹ In HR 29 januari 2010, *LJN* BK4947, *NJ* 2010/69 is beslist dat een verzoeker wel in hoger beroep kan als zijn Wsnp-verzoek niet-ontvankelijk is verklaard wegens overschrijding van de termijn van art. 3. HR 17 januari 2014, *ECLI:NL:HR:2014:96* oordeelt dat een niet-ontvankelijkverklaring in het verzoek tot toelating tot de schuldsaneringsregeling een einduitspraak is en dat met een hoger beroep tegen een dergelijk vonnis van de rechtbank de hele zaak naar de hogere rechter ter beslissing wordt overgebracht.

¹⁷⁰ Hof Arnhem 17 april 2008, *LJN* BD1252.

¹⁷¹ HR 8 juli 2011, *LJN* BQ3883, HR 11 november 2011, *LJN* BU4020 en HR 2 november 2012, *LJN* BX5578.

¹⁷² HR 14 december 2012, *LJN* BY0966, *NJ* 2013/43.

5.8.4 Herroeping

Herroeping van een beschikking is mogelijk op grond van art. 390 Rv. Dit rechtsmiddel wordt besproken omdat herroeping van een beslissing op 287a-verzoeken in de parlementaire geschiedenis aan de orde is geweest. In de Eerste Kamer is bij de behandeling van wetsontwerp 29 942 namelijk gesproken over de gevolgen van het niet-nakomen van een gedwongen schuldregeling. De schuldeiser die gedwongen deelneemt aan de schuldregeling kan, volgens de minister, geen beroep doen op een wilsgebrek (zoals dwaling of bedrog) omdat de uitspraak van de rechter juist in plaats van de wilsbepaling van de schuldeiser is gekomen.¹⁷³ De minister heeft toen verklaard dat deze gedwongen schuldeiser wellicht een procedure tot herroeping van de uitspraak (op grond van art. 382 Rv e.v.) kan aanspannen met een beroep op bedrog of op het achterhouden van stukken van beslissende aard.¹⁷⁴ De minister verwees naar art. 382 Rv omdat een beslissing op het 287a-verzoek als vonnis wordt aangemerkt. Indien de beslissing de vorm van een beschikking krijgt, hetgeen logisch is, geldt dat het herroepingsverzoek op art. 390 Rv kan worden gebaseerd. Het criterium is daarbij hetzelfde omdat art. 390 Rv voor de herroepingsgronden verwijst naar art. 382. Die gronden zijn dat de beschikking berust op bedrog door de wederpartij (schuldenaar) in het geding gepleegd, berust op stukken waarvan de valsheid na de beschikking is erkend of bij gewijsde vastgesteld, of de partij na de beschikking stukken van beslissende aard in handen heeft gekregen die door toedoen van de wederpartij (de schuldenaar) waren achtergehouden.

5.9 Het toepassingsgebied van art. 287a

5.9.1 *Een 287a-verzoek indien toelating tot de schuldsaneringsregeling niet mogelijk is*

In deze paragraaf wordt nagegaan of en zo ja, wanneer een 287a-verzoek kan worden toegewezen indien toelating tot de schuldsaneringsregeling niet mogelijk is.

De Hoge Raad heeft art. 287a met zijn oordeel in het 14 december 2012-arrest in zekere mate los gekoppeld van de schuldsaneringsregeling. Dit betekent niet dat die schuldsaneringsregeling zonder betekenis is. Integendeel, vrijwel alle voorstellen die de schuldhulpverlener in het minnelijke traject aan schuldeisers doet, zijn gebaseerd op hetgeen naar verwachting in een schuldsaneringsregeling aan de schuldeisers kan worden uitgekeerd. De kosten van een schuldsaneringsregeling zijn door enkele wijzigingen ten opzichte van een spaartraject in de minnelijke fase relatief hoog geworden. Niet alleen is het griffierecht voor het deponeren van een slotuitdelingslijst sterk gestegen (tot € 599,- in 2014) maar ook dienen de kosten van de bewindvoerder sinds 1 oktober 2013 volledig uit de boedel te worden voldaan. Deze kosten bedragen minimaal ongeveer € 2.900,- (alleenstaande) tot maximaal ongeveer € 4.975,- (echtpaar in gemeenschap van

¹⁷³ *Kamerstukken I* 2006/07, 29 942, nr. C, p. 5 en 6.

¹⁷⁴ Zie vorige noot.

goederen getrouwd met schulden uit onderneming). Sparen in een minnelijk traject kost daarentegen (NVVK-tarief) slechts 9% van het totale spaarsaldo. Als bijvoorbeeld € 20.000,- wordt gespaard zijn de kosten slechts € 1.800,-.

De jurisprudentie geeft geen antwoord op de vraag wanneer een 287a-verzoek kan worden toegewezen indien een schuldenaar niet tot de schuldsaneringsregeling kan worden toegelaten. De schuldenaar zou zijn aanbod dan als het ware kunnen verdedigen doordat hij aannemelijk maakt dat het bod beter is dan hetgeen in een faillissementsakkoord kan worden aangeboden. De schuldenaar zou immers aangifte van zijn eigen faillissement kunnen doen en vervolgens in dat faillissement een akkoord aanbieden. De kosten van een dergelijk als het ware voorgekookt faillissementsakkoord hoeven niet veel hoger te liggen dan de kosten van een schuldsaneringsregeling, maar zijn natuurlijk wel moeilijk in te schatten omdat niet op voorhand duidelijk is welk tarief de te benoemen curator rekent noch hoeveel tijd hij aan het faillissement zal besteden. De schuldenaar zou dit alternatief kunnen concretiseren door in zijn aanbod reeds bij voorbaat om een volmacht voor het instemmen met een dergelijk faillissementsakkoord te vragen. Deze constructie lijkt slechts mogelijk indien de schuldenaar zijn aanbod met een geldlening (saneringskrediet) kan financieren.

Er is echter een belangrijke complicerende factor, te weten de positie van de schuldeisers met een preferente vordering. Een akkoord in een faillissement werkt niet tegenover deze schuldeisers. Zij zijn daaraan dus niet gebonden. Indien de schuldenaar/gefaillieerde een preferente schuldeiser wil binden aan een dergelijke akkoord (met name door in te stemmen met een dubbel percentage van de vordering) kan hij in een aparte procedure trachten die schuldeiser daartoe te dwingen. Uit een tweetal arresten uit 2012 van de Hoven 's-Hertogenbosch¹⁷⁵ en Leeuwarden¹⁷⁶ kan worden afgeleid dat het niet eenvoudig is de belangrijkste preferente schuldeiser, de ontvanger, daartoe te dwingen indien een schuldsaneringsregeling niet mogelijk is. De uitspraak van Hof Leeuwarden betrof een schuldenaar die in 2000 tot de schuldsaneringsregeling was toegelaten. In 2003 was deze regeling geëindigd met toekenning van de schone lei. In 2007, zo valt uit te zien uit de uitspraak, was hij een eenmanszaak gestart. In de periode tot oktober 2009 was in verband daarmee een aanzienlijke belastingschuld (loonbelasting) ontstaan. In september 2010 werd hij op eigen aangifte failliet verklaard. Het was daarbij direct al de bedoeling in dat faillissement een akkoord aan te bieden. Dit is ook geschied. In verband daarmee heeft gefailleerde de ontvanger verzocht mee te werken aan de totstandkoming van dat akkoord en in te stemmen met een dubbel percentage van wat de concurrente schuldeisers zouden ontvangen. De ontvanger heeft dat bij brief van 22 januari 2011 geweigerd onder verwijzing naar art. 73.4.16 van de Leidraad Invordering 2008. Daarin is als voorwaarde voor medewerking (in de vorm van kwijtschelding van een deel van de belastingschuld) gesteld dat gefailleerde tot de schuldsaneringsregeling kan worden toegelaten. Vanwege de eerdere toelating was dat pas mogelijk in de loop van 2013 (art. 288 lid 2 onder d). De gefailleerde had vervolgens de ontvanger in kort geding gedagvaard en medewerking aan het akkoord in voornoemde zin – gevorderd. De voorzieningenrechter had die

¹⁷⁵ Hof 's-Hertogenbosch 24 april 2012, *LJN* BW4222.

¹⁷⁶ Hof Leeuwarden 16 oktober 2012, *LJN* BY0514.

vordering toegewezen. De ontvanger ging daarvan in hoger beroep. Hof Leeuwarden wees de vordering alsnog af. Het Hof oordeelt daartoe allereerst dat de vordering moet worden beoordeeld naar hetgeen geldt voor buitengerechtelijke akkoorden en verwees daarbij naar het Payroll-arrest en het arrest van de Hoge Raad van 21 mei 1999.¹⁷⁷ Het hof concludeerde dat bij de toewijzing van een vordering tot medewerking aan een buitengerechtelijk akkoord terughoudendheid geboden is en dat slechts onder zeer bijzondere omstandigheden plaats kan zijn voor een bevel aan een schuldeiser om aan de uitvoering van een hem aangeboden akkoord mee te werken. Vervolgens overwoog het hof dat in het bijzonder een rol speelt dat de ontvanger een bestuursorgaan is in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) die met betrekking tot verzoeken om medewerking aan een buitengerechtelijk akkoord beleidsregels heeft vastgesteld als bedoeld in art. 1:3 lid 4 Awb in samenhang met titel 4.3 Awb. Op grond van art. 4:84 Awb handelt het bestuursorgaan overeenkomstig de beleidsregel, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen. Het antwoord op de vraag of de ontvanger misbruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid als bedoeld in art. 3:13 lid 2 BW wordt, aldus het hof, mede ingekleurd door het antwoord op de vraag of de ontvanger in overeenstemming met art. 4:84 Awb heeft gehandeld. Het hof oordeelde dat dat het geval was en liep daarbij de diverse regelingen na. In dit kader is vooral van belang dat het hof in zijn overwegingen betrok dat gefailleerde nog een aanzienlijke verdien capaciteit had. Het hof was verder van oordeel dat het in art. 73.4.16 Leidraad Invordering 2008 opgenomen uitgangspunt dat omzetting van het faillissement in een wettelijke schuldsanering mogelijk moet zijn, niet onaanvaardbaar is. Zou namelijk in een geval dat toegang tot de wettelijke schuldsaneringsregeling niet mogelijk is toch moeten worden meegewerkt aan een buitengerechtelijk akkoord dan zou daarmee in strijd met de bedoeling van de wetgever alsnog een schuldsaneringsregeling naast de wettelijke regeling mogelijk worden gemaakt. Daarbij kan er niet aan voorbij worden gegaan dat, zoals de ontvanger heeft betoogd, bij een akkoord de concurrentieverhoudingen worden verstoord en het gelijkheidsbeginsel wordt doorbroken. Het belang van de concurrente schuldeisers bij voldoening van hun vordering achtte het hof van ondergeschikte aard. De situatie waarin zij verkeren is, aldus het hof, inherent aan het feit dat concurrente crediteuren in een faillissement geen bevoorrechte positie hebben en pas als laatste aan bod komen.

Een andere complicerende factor is dat een eenmaal aangenomen faillissementsakkoord moet worden gehomologeerd door de rechtbank (art. 153). De gronden voor weigering van homologatie zijn niet-limitatief opgesomd in art. 153. Een gedachte kan zijn dat die homologatie wordt geweigerd omdat in het andere geval de in art. 288 neergelegde regels dat niet ieder tot de schuldsaneringsregeling wordt toegelaten worden omzeild. De Rechtbank 's-Hertogenbosch heeft een dergelijk akkoord wel gehomologeerd. De rechtbank achtte van belang dat de meerderheid van de schuldeisers akkoord was gegaan en dat tevens vaststond dat de schuldeisers met het akkoord meer zouden ontvangen dan indien akkoordaanbieding achterwege zou zijn gebleven. Indien de gefailleerde tot de schuldsanering

177 HR 21 mei 1999, *NJ* 1999/507, *JOR* 1999/213, m.nt. A.D.W. Soedira.

zou zijn toegelaten, was er bovendien minder gespaard voor de schuldeisers zodat de overige schuldeisers ook in die zin beter af zijn met het akkoord. De rechtbank nam daarbij in ogenschouw dat er niet de verwachting is dat de schuldeisers buiten een akkoord en insolventie om een grotere betaling tegemoet kunnen zien in de toekomst en concludeerde dat weigering van de homologatie van het akkoord tot benadeling van de overige schuldeisers zou leiden.¹⁷⁸ Dit laatste wordt echter niet toegelicht. In een uitspraak uit 2011 heeft het Hof 's-Hertogenbosch de beslissing van de Rechtbank Roermond om een akkoord te homologeren vernietigd omdat de gefailleerde voorafgaand aan het faillissement een van de schuldeisers opzettelijk in zijn belangen had benadeeld alsook omdat gefailleerde in de toekomst in staat werd geacht zijn schuldeisers af te betalen. Die benadeling bestond eruit dat gefailleerde de aan de schuldeiser verpande inventaris had verkocht en de opbrengst niet aan die schuldeiser had afgedragen.¹⁷⁹ Dit is een aanwijzing dat een akkoord niet gehomologeerd wordt als gefailleerde niet te goeder trouw is ten aanzien van het ontstaan of onbetaald laten van schulden.

De conclusie is dat het niet eenvoudig is in te schatten wat een schuldeiser zal ontvangen indien bij een faillissement een akkoord wordt aangeboden. Allereerst zijn de kosten van dat faillissement, anders dan van een schuldsaneringsregeling, op voorhand lastig in te schatten. Daarnaast is het de vraag of de belastingdienst in het kader van dat akkoord genoeg zal (moeten) nemen met het dubbel percentage van hetgeen aan de concurrente schuldeisers wordt geboden. Indien de belastingdienst zijn medewerking weigert zal deze niet snel tot medewerking kunnen worden gedwongen. Tot slot is niet geheel zeker dat het akkoord, waar een schuldsaneringsregeling niet mogelijk is, gehomologeerd zal worden.

5.9.2 *Een 287a-verzoek in combinatie met een ander verzoek*

De combinatie van een 287a-verzoek met een 287 lid 4-verzoek is besproken in par. 3.9.3. In de jurisprudentie en literatuur zijn geen andere combinaties of samenlopen van verzoeken aangetroffen. Overeenkomstig het in het KEI-wetsvoorstel opgenomen art. 30b Rv (nieuw) kan een verzoek met een vordering worden gecombineerd. Vooralsnog lijkt een dergelijke combinatie niet aantrekkelijk. In dat geval zal immers griffierecht betaald moeten worden en mogelijk is dan sprake van verplichte procesvertegenwoordiging. Nader onderzoek naar de voor- en nadelen van het combineren van verzoeken met een 287a-verzoek is gewenst.

5.10 **Het functioneren en bestaansrecht van art. 287a**

In de literatuur zijn verschillende geluiden over art. 287a en het functioneren ervan te horen.

Nethe, Schruer en Smits beschouwen art. 287a als een waardevolle en/of succesvolle aanvulling op de mogelijkheden te komen tot een sanering van

¹⁷⁸ Rb. 's-Hertogenbosch 7 oktober 2009, *LJN* BN1722, *JOR* 2010, 208.

¹⁷⁹ De uitspraak van het Hof is te kennen via die van de rechtbank: Rb. Roermond 20 juli 2011, *LJN* BW3385, *JOR* 2012, 128, m.nt. Timmerman.

problematische schulden bij natuurlijke personen.¹⁸⁰ Zij betrekken hierbij uitdrukkelijk de maatschappelijke belangen die zijn gemoeid met het oplossen van problematische schulden en in het verlengde daarvan de preventieve werking die volgens hen uitgaat of hopelijk uitgaat van art. 287a. Salomons lijkt dezelfde mening toegedaan waar hij de Hoge Raad in het Payroll-arrest te streng vindt.¹⁸¹ In par. 2.5 is reeds gebleken dat het maatschappelijk belang een rol speelt in het insolventieprocesrecht. Het is dus niet vreemd dat genoemde schrijvers dit belang bij hun overwegingen over art. 287a betrekken.

Noordam is ook positief over 287a maar wijst op een groot aantal onduidelijkheden in de procedure.¹⁸² Belangrijk voordeel van art. 287a – en verschil met de voorheen bestaande kort geding praktijk – is volgens deze vier schrijvers dat de rechter bij de beoordeling van het 287a-verzoek over een volledig Wsnp-verzoek beschikt. Houben daarentegen is, in een artikel dat in 2006 verscheen, veel kritischer. Zij is bevreesd dat het criterium van art. 3:13 BW minder streng wordt ingevuld vanuit de wens het minnelijke traject te versterken. Zij meent dat maatschappelijke belangen, zoals het belang bij het versterken van het minnelijke traject, niet mogen meewegen bij het inperken van de rechten van schuldeisers.¹⁸³ Poelman is met name kritisch over de dwangregeling indien de schuldenaar sollicitatieplichtig is.¹⁸⁴

Er is mij geen breed kwantitatief onderzoek bekend naar het functioneren van art. 287a. Wel is er een afstudeerscriptie van Kloos uit 2012 waarin deze vraag is onderzocht.¹⁸⁵ Daarbij zijn in een enquête onder 90 schuldeisers en deurwaarders vragen gesteld over de werking van art. 287a. Uit de antwoorden van de 30 respondenten blijkt dat als er minder weigerende schuldeisers zijn, men meer geneigd is (alsnog) in te stemmen met het voorstel. Het onderzoek is te beperkt van omvang om hieruit verantwoorde conclusies te kunnen trekken, maar het is wel interessant dat de respondenten er bezwaar tegen hebben dat zij geen enkele invloed hebben op de inhoud van de minnelijke schuldregeling. Er is geen ander keuze dan om al of niet akkoord te gaan met het voorstel. Dat wordt als een wurgmiddel ervaren. Voorts is opvallend dat twee derde van de respondenten aangaf dat zij na aanvankelijke weigering alsnog met een minnelijke regeling instemden omdat een dwangakkoord dreigde. Het is in dat licht niet denkbeeldig dat het hoge percentage intrekkingen van 287a-verzoeken (47% in 2013) wordt veroorzaakt door schuldeisers die op hun schreden terugkeren en alsnog met een minnelijke schuldregeling instemmen.¹⁸⁶ Hiermee lijkt art. 287a zijn bestaansrecht bewezen te hebben, maar nader onderzoek is gewenst.

180 Nethe, 'Dwangakkoord: enige beschouwingen rondom de toepassing van art. 287a Fw', *TvI* 2009, 20 en Nethe in haar noot in *TvI* bij HR 9 juli 2010, *LJN* BM3975, *NJ* 2010/648, m.nt. Verstijlen, *TvI* 2010, 29, m.nt. M.Y. H.D.L.M. Schruer en G.J. Ouwehand, 'Geen woorden maar daden', *TvS* 2008/2, p. 16-18, I.R. von Burg, N. Jungmann en H.D.L.M. Schruer, 'Met gepaste dwang: minnelijke middelen in de Wsnp na 1 januari 2008', *TvS* 2008, nr. 2, p. 1-4 en A.L. Smit, 'Wordt het wat met dat dwangakkoord?', *TvS* 2008/1, p. 1.

181 Salomons 2008, p. 254.

182 Noordam, diss. 2007, p. 474.

183 I.S.J. Houben, 'Het onderhands dwangakkoord', *TvI* 2006, 21.

184 M.G.A. Poelman, 'Toekomst prognoseakkoorden onzeker', *TvS* 2011/3, p. 4.

185 Th. Kloos, 'De Preventieve werking van het dwangakkoord art. 287' (ingediend bij de Hogeschool Leiden), van 30 augustus 2012, te vinden op www.wsnp.rvr.org.

186 In die zin de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie in zijn brief d.d. 24 april 2014 aan de Eerste Kamer (kenmerk 497266, p. 5). Te vinden op www.rijksoverheid.nl.

Uit de jurisprudentie rijst het beeld dat rechters 287a-verzoeken met een zekere welwillendheid beoordelen en dat art. 287a de rol vervult die de wetgever voor ogen stond. De vrees van Houben dat het criterium van art. 3:13 BW minder streng wordt ingevuld lijkt in die zin wel bewaarheid. Bezwaren van de schuldeiser tegen het gebrek aan controle op het nakomen van de sollicitatieplicht worden soms gemakkelijk aan de kant geschoven. Meer in het algemeen valt op het relatieve gemak waarmee de rechter oordeelt dat een verzoek goed en betrouwbaar is gedocumenteerd en is getoetst door een deskundige en onafhankelijke partij. Duidelijk is immers dat schuldhulpverleners in beginsel geen controle uitoefenen op de aard en hoogte van de ingediende vorderingen en (nagenoeg) geen onderzoek doen naar eventuele bezittingen (activa). Dergelijke overwegingen wekken meer de indruk van het uitspreken van een toverformule dan dat daaraan een daadwerkelijke en inhoudelijke toetsing ten grondslag ligt. Waarschijnlijk speelt hier een rol dat de insolventierechter zich ten aanzien van de door de 287a-verzoeker gestelde feiten en omstandigheden – zoals hij in het kader van het insolventieprocesrecht gewend is – beperkt tot een (soepel) aannemelijkheidsoordeel.

Houbens vrees dat het maatschappelijke belang bij een minnelijke schuldregeling en het minnelijke traject als zodanig bij de beoordeling van 287a-verzoeken zal meewegen, lijkt tevens bewaarheid. De rol van het maatschappelijk belang blijkt niet uitspraken van lagere rechters, maar wel uit een arrest van de Hoge Raad uit 2010. De Hoge Raad heeft in dat arrest overwogen dat de in art. 287a aan de rechter gegeven bevoegdheid wordt gerechtvaardigd door het maatschappelijk belang dat is gediend met een verantwoorde en evenwichtige schuldsaneringsregeling, die kan uitmonden in een dwangakkoord op de voet van art. 287a.¹⁸⁷ Dit is mijns inziens overeenkomstig de bedoelingen van de wetgever. Bovendien blijkt uit de wetsgeschiedenis van – het met art. 287a vergelijkbare – art. 3:13 BW dat maatschappelijke belangen wel degelijk een rol kunnen spelen bij vorderingen of verzoeken op grond van het daarin neergelegde onevenredigheids criterium. De minister gaf destijds namelijk de volgende toelichting op het onevenredigheids criterium: het ontwerp ‘wil daarmee uitdrukking geven aan het besef, dat een rechthebbende ook bij de uitoefening van zijn burgerrechtelijke bevoegdheden het belang van zijn naasten en van de maatschappij niet geheel uit het oog mag verliezen.’¹⁸⁸ Daarnaast kan gewezen worden op art. 3:12 BW. Hierin is bepaald dat bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen – onder meer – rekening moet worden gehouden met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken. Deze bepaling is in die zin van belang dat de redelijkheid in het toetsingscriterium van art. 287a een belangrijke rol speelt.

De soepele en welwillende beoordeling van 287a-verzoeken wordt geïllustreerd door het feit dat in uitspraken tot medio 2012 vrijwel niet wordt verwezen naar het Payroll-arrest, het arrest waarin de Hoge Raad het toepassingsgebied van art. 287a in feite erg klein maakte.¹⁸⁹ In de loop van 2012 is daarin echter

187 HR 9 juli 2010, *LJN* BM3975, *NJ* 2010/648, m.nt. Verstijlen.

188 Parl. gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1039 e.v.

189 Tot 2012 alleen Rb. Dordrecht 19 mei 2009, *LJN* BJ0053.

kentering gekomen en wordt met enige regelmaat aan dit arrest gerefereerd.¹⁹⁰ Hieruit zou een toegenomen terughoudendheid ten aanzien van 287a-verzoeken kunnen worden afgeleid, maar gelet op het relatief beperkte aantal uitspraken dat gepubliceerd wordt, is die conclusie (nog) niet te trekken.

Opvallend is de snelheid waarmee de procedure wordt doorlopen en het geheel ontbreken van nadere bewijsvoering. Schuldeisers worden veelal op zeer korte termijn opgeroepen voor de zitting waarop het 287a-verzoek wordt behandeld en nadere bewijsvoering door hetzij schuldenaar hetzij schuldeisers vindt niet plaats. Dit past bij de aard van het insolventieprocesrecht, maar vanuit een oogpunt van bescherming van de rechten van schuldeisers en gegeven de fundamentele inbreuk die art. 287a maakt op het uitgangspunt dat schulden worden voldaan, valt dit te betreuren.

5.11 Conclusies en aanbevelingen

5.11.1 Inleiding

In hoofdstuk 1 zijn met betrekking tot art. 287a de volgende onderzoeksvragen gesteld:

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

Het procedurele kader (vraag onder a), waaronder begrepen het insolventieprocesrecht, is in hoofdstuk 2 geschetst. In dit hoofdstuk zijn de vragen onder b en c beantwoord. De procedure van art. 287a is beperkt beschreven. Uit het onderzoek naar de toepassing van art. 287a blijkt dat er veel onduidelijkheden zijn en dat rechters deze op verschillende manieren oplossen. Het in par. 2.5 onderzochte insolventieprocesrecht kenmerkt zich door snelheid en een beperkte toepasselijkheid van de regels van bewijsrecht. Deze kenmerken zijn in het onderzoek naar de rechtspraak over 287a-verzoeken duidelijk terug te vinden. Dit botst echter met de inzet van het geding, te weten een definitieve verkorting van de rechten van schuldeisers. Ook de toepasselijkheid van titel 3, althans de analogische toepassing van die bepalingen, conflicteert daarmee. De rol van het beginsel van hoor en wederhoor is in het insolventieprocesrecht minder

¹⁹⁰ Hof Amsterdam 20 november 2012, *LJN* BY3918, Hof 's-Hertogenbosch 6 december 2012, *LJN* BU7421, Rb. 's-Gravenhage 27 april 2012, *LJN* BW5573, Hof 's-Hertogenbosch 28 juni 2012, *LJN* BX0359, Hof Arnhem-Leeuwarden 30 mei 2013 (niet gepubliceerd, leidend tot HR 4 oktober 2013, *ECLI:NL:HR:2013:860*), Hof Arnhem-Leeuwarden 12 september 2013, *ECLI:NL:GHARL:2013:6699* en Rb. Midden-Nederland 26 november 2013, *ECLI:NL:RBMNE:2013:5871*.

ontwikkeld. Dit is bij het onderzoek gebleken, daar waar de betrokken schuld-eiser bij de oproep voor de mondelinge behandeling van het 287a-verzoek niet alle informatie bij dat verzoek krijgt toegezonden. Dit kan worden verklaard uit het niet-contentieuze karakter van veel procedures op grond van de Faillissementswet. Wellicht speelt hier nog een ander kenmerk van het insolventieproces-recht mee, te weten dat de insolventierechter zich actief opstelt bij de vaststelling van de feiten. Of dit het geval is, kan op grond van het onderhavige onderzoek echter niet worden vastgesteld.

Het in hoofdstuk 2 beschreven procedurele kader indachtig, worden in deze paragraaf voorstellen voor verbetering en aanpassing van (de toepassing van) art. 287a gedaan. Er wordt begonnen bij de fase voorafgaand aan het indienen van een 287a-verzoek en geëindigd met de rechtsmiddelen (art. 292).

5.11.2 *Voorfase, onderzoek naar schulden (passiva) en bezittingen (activa)*

Ten aanzien van alle schuldregelingen, zowel de percentageakkoorden als de liquidatieakkoorden, geldt dat, een uitzonderlijk geval daargelaten, geen deugdelijk onderzoek naar de activa en passiva van de schuldenaar plaatsvindt. Van schuldhulpverlenende instanties mogen op dit gebied niet dezelfde inspanningen verwacht worden als van een bewindvoerder, maar een behoorlijke controle is op zijn plaats en realiseerbaar. Wil een gedwongen schuldregeling een deugdelijke vorm van schuldsanering worden dan is onvermijdelijk dat het minnelijke traject meer op het met waarborgen omklede wettelijke traject gaat lijken. Dit kan worden bereikt aan de hand van protocollen die voorschrijven welke handelingen de schuldhulpverlener dient te verrichten. Daarbij is een rol weggelegd voor de belastingdienst. Bij de inventarisatie van de bezittingen (activa) valt te denken aan¹⁹¹

- a. inzage in de bankafschriften over de periode van minimaal één jaar;¹⁹²
- b. een vorm van een postblokkade;¹⁹³
- c. het (door schuldenaar laten) inwinnen van informatie bij de belastingdienst. Dit betreft met name inzage in de aangiftes en aanslagen inkomstenbelasting over de afgelopen drie jaar, inzage in ontvangen belastingtoeslagen alsook de vraag of in het verleden premies voor (levens)verzekeringen voor de heffing van de inkomsten belasting zijn ‘afgetrokken’ (in verband met afkoop van een levensverzekering) en of sprake is van (nog) verrekenbare fiscale verliezen;
- d. een voorzieningencheck. Deze bestaat uit het controleren van aanspraken op fiscale toeslagen en andere overheidsvoorzieningen, zoals de inkomenstoeslag;¹⁹⁴
- e. recherche in een aantal bestanden en registers zoals die van de Rijksdienst voor het Wegverkeer (RDW), de Justitiële Documentatiedienst en het Kadaster en
- f. het afleggen van een huisbezoek.

191 Zie G. Benedictus, ‘Op jacht naar vermogen’, *WP* 2010/1, p. 3.

192 Teneinde na te gaan of sprake is geweest van paulianeuze handelingen. Deze inzage is bij internetbankieren steeds eenvoudig te verkrijgen.

193 Te denken valt aan het gebruik van de doorstuurservice van PostNL.

194 Art. 36 Participatiewet.

Als bezittingen (activa) te gelde zijn gemaakt moet worden toegelicht op welke wijze dat is gebeurd en of en waarom dit tegen de werkelijke waarde is gebeurd.

Inventarisatie van de schulden (passiva) kan als volgt worden vormgegeven:

- a. controle in het register van het Bureau Krediet Registratie (niet zozeer vanwege de hoogte maar wel vanwege het bestaan van eventuele schulden);
- b. opvragen van een overzicht van openstaande zaken (dit is ruimer dan openstaande vorderingen) bij het CJIB;¹⁹⁵
- c. inwinnen van informatie over eventuele openstaande vorderingen bij de belastingdienst;
- d. verlangen van de bekende schuldeisers dat zij aangeven wat de oorspronkelijke hoofdsom is en welke (vertragings)rente, (incasso)kosten, boete(s) en/of proceskosten worden gevorderd;
- e. indien een schuldeiser vergoeding van (contractuele) vertragingsrente vordert, dient een specificatie te worden meegezonden en onderbouwd te worden op grond waarvan de rente is verschuldigd en waarom die op de aangegeven datum ingaat. Indien sprake is van een contractuele rente dient de desbetreffende bepaling (contract of algemene voorwaarden) te worden meegezonden;¹⁹⁶
- f. indien vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten wordt gevorderd dient de grondslag te worden aangegeven;
- g. indien vergoeding van proceskosten wordt gevorderd dan dient de desbetreffende rechterlijke beslissing te worden meegezonden;
- h. onderliggen stukken zoals facturen dienen te worden overgelegd.

Bij gebreke van onderliggende stukken geldt dat de desbetreffende vordering in beginsel niet wordt meegenomen bij het doen van een aanbod.

5.11.3 *Wie doet het aanbod?*

Het is vaste jurisprudentie dat het aanbod tot het aangaan van een minnelijke schuldregeling moet worden gedaan door een onafhankelijke persoon of instelling.

Een 287a-verzoek maakt onderdeel uit van een Wsnp-verzoek. Hieraan moet een minnelijk traject voorafgaan. Ingevolge art. 288 lid 2 onder b moet dit minnelijke traject zijn uitgevoerd door een persoon of instelling als bedoeld is art. 48 lid 1 Wck. Het gaat onder meer om gemeenten, gemeentelijke kredietbanken, advocaten, bewindvoerders ingevolge de Faillissementswet, deurwaarders en registeraccountants. De vraag is nu of deze eis tevens geldt voor het doen van een minnelijk aanbod dat voorafgaat aan en ten grondslag ligt aan een 287a-verzoek. Met het 14 december 2012-arrest van de Hoge Raad is duidelijk dat een 287a-verzoek weliswaar onderdeel van een Wsnp-verzoek vormt maar dit hoeft niet te betekenen dat de schuldenaar de intentie heeft om desnoods (bij afwijzing van het 287a-verzoek) een schuldsaneringsregeling te doorlopen. In de

¹⁹⁵ P. Hondebrink, 'Voorwaarden Schuldregelingen CJIB', *TvS* 2012/3, p. 19 over de mogelijkheden.

¹⁹⁶ Een contractueel beding waarbij een aanzienlijk hogere vertragingsrente dan de wettelijke rente wordt, is vernietigbaar en zal door de rechter zelfs ambtshalve kunnen worden vernietigd. Zie HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691.

eis dat een volledig Wsnp-verzoek bij het 287a-verzoek moet zijn gevoegd en het verbod op schuldbemiddeling door personen of instellingen die niet in de Wck zijn genoemd (art. 47 j° 48 lid 1 Wck) ligt besloten dat een minnelijk traject dat tot het 287a-verzoek leidt moet worden uitgevoerd door een in art. 48 lid 1 Wck genoemde persoon of instelling. Dit past bij het procesrecht van titel III van de Faillissementswet, omdat dit procesrecht wordt gekenmerkt door een voorgeschreven voorfase. Maar dit voorschrift doet niet af aan de eis van een onafhankelijke en deskundige toetsing van het aanbod tot een minnelijke schuldregeling. In dit onderzoek is geconcludeerd dat een advocaat van een schuldenaar niet als een onafhankelijke derde is te beschouwen. De advocaat van een schuldenaar moet immers diens belangen behartigen en niet die van de schuldeisers. Dat geldt eveneens voor de (schuldsanerings)bewindvoerder die op toevoegingsbasis een schuldenaar bijstaat. Anderzijds is bijstand van een advocaat of een bewindvoerder uiteraard wel wenselijk. Het bezwaar dat de advocaat van de schuldenaar als niet-onafhankelijke vertegenwoordiger moet worden gezien, kan in belangrijke mate worden ondervangen indien het onderzoek naar de activa en passiva overeenkomstig vaste protocollen verloopt en een verslag van dat onderzoek wordt overgelegd. In voorkomend geval zou het aanbod daarenboven moeten worden getoetst door een onafhankelijke derde zoals een op dit gebied deskundige accountant of de belastingdienst, met name waar het ex-ondernemers betreft. Desnoods kan de insolventierechter een deskundige benoemen. Het past bij het insolventieprocesrecht indien hij dat in voorkomend geval ambtshalve doet. De grondslag voor een dergelijke benoeming kan worden gevonden in analogische toepassing van art. 194 j° 284 Rv.¹⁹⁷ Indien de kosten van de deskundige ten laste van verzoeker worden gebracht, zal hiervan in de praktijk niet vaak gebruik worden gemaakt.

5.11.4 *Aan wie wordt het aanbod gedaan?*

In praktijk en literatuur wordt ervan uitgegaan dat alleen van een minnelijke schuldregeling kan worden gesproken indien het aan alle schuldeisers wordt aangeboden.¹⁹⁸ Dit is de vaste praktijk. Een aanbod aan alle schuldeisers is echter niet altijd noodzakelijk.¹⁹⁹ Voorwaarde voor een dergelijk, 'exclusief' aanbod is dat de schuldeisers hierover duidelijk geïnformeerd worden en kunnen in- of tegenstemmen met het buiten beschouwing laten van een of meer van hen. Dit volgt niet uit het geschetste procedurele kader, maar uit het karakter van de minnelijke schuldregeling, zijnde een (meerpartijen)overeenkomst.

5.11.5 *Informatieverstreking in het minnelijke traject*

Art. 285 lid 1 onder f, noch art. 287a noch het Procesreglement insolventiezaken bevat regels of voorschriften betreffende de wijze waarop het minnelijk aanbod dient te worden gedaan. In de Gedragscode Schuldregeling van de NVVK staat

197 Een deskundige kan op grond van art. 202 j° 284 Rv eveneens worden benoemd op het moment dat het aanbod aan de schuldeisers nog moet worden voorbereid en gedaan.

198 Soedira in haar noot onder Rb. Almelo 4 februari 1998, *LJN* AG3324, JOR 1998, 66. Minder stelling Soedira, diss. 2011, p. 265.

199 Vgl. B. Wessels, 'Dwangdeelname aan een onderhands akkoord', *Ondernemingsrecht* 1999/14, p. 384-390.

in artikel 5.6 slechts dat een voorstel wordt gedaan.²⁰⁰ Bij het doen van een schuldsaneringsvoorstel dient openheid van zaken gegeven te worden. Daarnaast dient bij het voorstel een volledig overzicht van de bezittingen (activa) en schulden (passiva) te worden gevoegd.²⁰¹ Verder dient te worden toegelicht op welke wijze deze activa en passiva zijn vastgesteld, – idealiter volgens de onder hiervoor geschetste protocollen. Dit biedt schuldeisers tevens de gelegenheid om na te gaan of het overzicht juist is en om eventueel opmerkingen te maken of bezwaren naar voren te brengen. Voorts dient te worden aangegeven op welke wijze eventuele passiva te gelde zijn gemaakt. Dit past bij het belang van de voorfase in zowel het insolventieprocesrecht als het burgerlijk procesrecht. Het volgt tevens uit de vaststelling dat de verhouding tussen partijen door redelijkheid en billijkheid worden beheerst (art. 6:2 en 248 BW en par. 2.3.1). Ten slotte vloeit dit vereiste voort uit het karakter van de schuldregeling, die een overeenkomst is tussen schuldenaar en schuldeiser(s).

5.11.6 *De oproep voor de mondelinge behandeling*

Zowel de verzoeker als de weigerende schuldeiser wordt bij aangetekende brief (of op andere wijze) opgeroepen voor de mondelinge behandeling van het 287a-verzoek. Indien een schuldeiser de vordering van een andere schuldeiser betwist dan dient hij (eveneens) als belanghebbende te worden opgeroepen. In dit verband dient de verzoeker in het 287a-verzoek aan te geven of van bedoelde betwisting sprake is. Een oproepingstermijn van minimaal twee weken dient in acht te worden genomen.²⁰² De datum voor de mondelinge behandeling wordt in beginsel vastgesteld zonder dat bij partijen verhinderdata zijn opgevraagd. In art. 1.4.6 Procesreglement verzoekschriftprocedures rechtbanken (kantonzaken), een op titel 3 gebaseerde rechtersregeling, is bepaald dat op verzoek van de desbetreffende partij uitstel van de mondelinge behandeling wordt verleend, mits een verzoek daartoe binnen vijf werkdagen na de oproeping is gedaan.²⁰³ Een dergelijke regel zou ook bij de mondelinge behandeling van 287a-verzoeken moeten gelden.

Bij de oproeping voor de behandeling van het 287a-verzoek ter zitting ontvangt de weigerende schuldeiser het gehele Wsnp-verzoek met alle bijlagen, waaronder dus het 287a-verzoek met zijn bijlagen. Het beginsel van hoor en wederhoor en het toepasselijke, althans analogisch toe te passen art. 279 lid 2 Rv brengen dit mee.

Bij de oproeping wordt de weigerende schuldeiser (of andere belanghebbende schuldeiser) erop gewezen dat het mogelijk is om voorafgaand aan de zitting een verweerschrift in te dienen, dat hij dan in kopie aan (de gemachtigde van) de schuldenaar moet zenden. Dit volgt niet uit enige bepaling van titel 3, maar past

²⁰⁰ www.nvvk.eu.

²⁰¹ Van der Heiden 2001, p. 6 en Van der Heiden 1997, p. 657, onder verwijzing naar Rb. Groningen 6 september 1994, *NJ* 1994/369 en HR 20 september 1991, *NJ* 1992/552. Uit kortgedingjurisprudentie van vóór 1 januari 2008 blijkt dat weliswaar geen volledige rekening en verantwoording over de besteding van inkomsten hoeft te worden gegeven maar wel dat inlichtingen over de inkomens- en vermogenspositie en de voor verhaal vatbare goederen verschaft moet worden.

²⁰² De in het KEI-wetsvoorstel genoemde oproepingstermijn van drie weken (art. 30j Rv ontwerp) is, gelet op het spoedeisende karakter van de procedure (verzoeker is insolvent), te lang.

²⁰³ Zie www.rechtspraak.nl/procedures/landelijke_regelingen.

wel bij de aard van het insolventieprocesrecht waarin de rechter zich actief opstelt en de belanghebbende kan wijzen op zijn recht om een verweerschrift in te dienen. Voor nadere aanbevelingen ter zake van de oproep zij korthedshalve verwezen naar par. 4.11.3.

5.11.7 *Niet-verschijnen schuldeiser(s) – stel- en motiveringsplicht*

Voor verzoeker geldt een zwaarwegende stelplicht omdat een 287a-verzoek ertoe strekt dat een uitzondering op een van de centrale beginselen van het vermogensrecht wordt gemaakt: de verplichting van schuldenaren hun verbintenissen na te komen.²⁰⁴ De stelplicht als zodanig volgt uit het (analogisch) toe te passen art. 284 j° 149 Rv.

Deze zwaarwegende stelplicht houdt in dat de in art. 287a lid 5 bedoelde onevenredigheid wordt onderbouwd. Dit moet gebeuren aan de hand van de criteria uit de memorie van toelichting bij art. 287a, uiteraard voorzover verzoeker daar informatie over heeft. Verzoeker zal in elk geval aan de hand van de eerste vijf in de wetsgeschiedenis van art. 287a genoemde gezichtspunten/criteria moeten stellen en onderbouwen dat

- a. het schikkingsvoorstel door een onafhankelijke en deskundige partij is getoetst,
- b. het schikkingsvoorstel goed en betrouwbaar is gedocumenteerd,
- c. voldoende duidelijk is gemaakt dat het aanbod het uiterste is waartoe hij financieel in staat moet worden geacht,
- d. het alternatief van faillissement of schuldsanering geen uitzicht voor de schuldenaar, noch voor de (niet-instemmende) schuldeiser biedt.

Met de verplichte overlegging van het Wsnp-verzoek en een vtlb-berekening onderbouwt verzoeker de onder b en c genoemde omstandigheden. Het alternatief van een faillissement of schuldsanering (gezichtspunt onder d) kan blijken door in het Wsnp-verzoek aandacht te schenken aan de in art. 288 lid 1 en genoemde toelatingsvereisten en afwijzingsgronden. In het bijzonder moet aannemelijk worden gemaakt dat de schuldenaar in de periode van vijf jaar voor indiening van het (Wsnp-)verzoek ten aanzien van het ontstaan of onbetaald laten te goeder trouw is geweest (art. 288 lid 1 onder b) en dat hij de uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen naar behoren zal nakomen (art. 288 lid 1 onder c). De rechtbanken gaan in de praktijk zelf na of de schuldsaneringsregeling eerder op verzoeker van toepassing is geweest en zo ja wanneer en op welke wijze deze toen is geëindigd (art. 288 lid 2 onder d).²⁰⁵ Uit de over te leggen staat van schulden (art. 285 lid 1 onder 1 j° 96) zal blijken of sprake is van strafrechtelijk gerelateerde schulden in de zin van art. 288 lid 2 onder c. Verzoeker kan daarnaast stellen en onderbouwen wat het belang van de instemmende schuldeisers is bij het tot stand komen van een schuldregeling (art. 287a lid 4).

²⁰⁴ Wessels Insolventierecht VI 2013/6227. Zie Hof 's-Hertogenbosch 26 februari 2013, *L/N* BZ3524.

²⁰⁵ Dit kan in het voor rechtbanken openstaande register van de Raad voor Rechtsbijstand. In het insolventie-register op rechtspraak.nl zijn alleen insolventiegegevens van na 1 januari 2005 raadpleegbaar, maar gegevens van schuldenaren blijven, om privacy redenen, slechts tot zes maanden na het einde van een schuldsaneringsregeling zichtbaar.

Als de rechter op enig punt aan de gegrondheid van de aan het verzoek ten grondslag gelegde twijfelt dan staat het hem vrij nadere inlichtingen te vragen, zoals in procedures op grond van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (art. 22 Rv) het geval is. Het opvragen van informatie dient bij tussenuitspraak te gebeuren. Te denken valt aan het geval dat de rechter twijfelt aan de juistheid van de gehanteerde berekening van het vrij te laten bedrag.

Ook als de weigerende schuldeiser noch verschijnt noch een verweerschrift indient, verdient het de voorkeur dat rechter zijn beslissing (volledig) motiveert en het verzoek uitdrukkelijk toetst aan de in de wetsgeschiedenis bij art. 287a genoemde criteria. De hiervoor beschreven stelplicht van de verzoeker brengt dat met zich mee.²⁰⁶ Er zijn ook praktische argumenten voor deze ‘verzwaarde’ motiveringsplicht. Indien 287a-verzoeken zonder enige motivering zouden worden toegewezen dan kan in het minnelijke traject de indruk ontstaan dat de rechter het aanbod en de totstandkoming minder nauwkeurig beoordeelt. Daarnaast kan de neiging ontstaan om dergelijke verstekverzoeken makkelijker (marginaal) te beoordelen. Uit de jurisprudentie blijkt dat de kwaliteit van de minnelijke voorstellen nogal eens te wensen overlaat, zodat een volledige en strenge controle gewenst is en blijft.

5.11.8 *Wijziging van het verzoek ex art. 287a*

Het komt voor dat het aanbod voor een (minnelijke) regeling ter zitting wordt gewijzigd. Een uit de jurisprudentie bekende wijziging van het prognoseaanbod is dat deze niet slechts het sparen van het bovenmatige inkomen inhoudt vanaf de datum van het aanbod, maar vanaf de datum van de beslissing op het 287a-verzoek; waarbij tevens het reeds in het minnelijke traject gespaarde bedrag ten goede komt aan de schuldeisers. Een andere mogelijkheid is dat alsnog bepalingen omtrent de sollicitatieplicht (en de controle daarop) in het aanbod worden opgenomen. In beide genoemde gevallen is sprake van een verbetering van het aanbod en daarmee een vermindering van het verzoek.

Aan vermindering van een verzoek worden geen eisen gesteld, overeenkomstig art. 283 Rv. Aangenomen wordt dat een vermindering zowel schriftelijk als mondeling kan omdat de belanghebbende daardoor niet in zijn belang wordt geschaad. Dit geldt tevens ten aanzien van art. 287a-verzoeken.

Een verslechtering van het aanbod voor een schuldregeling, wat bij een 287a-verzoek valt aan te merken als een vermeerdering van dat verzoek, is (in afwijking van art. 283 Rv) niet mogelijk, omdat in zo een situatie niet zeker is dat de schuldeisers die instemden met het eerste, betere aanbod ook het verminderde bod zal accepteren.

5.11.9 *Vaststelling van de feiten*

De gewone regels van bewijsrecht zijn op de procedure van art. 287a van toepassing. Dit volgt uit het toepasselijke, dan wel overeenkomstig toe te passen, art. 284 Rv. Toepassing van deze regels botst met de aard van het insolventie-

²⁰⁶ In het verlengde hiervan verdient het aanbeveling alle uitspraken op 287a-verzoeken te publiceren (op www.rechtspraak.nl).

procesrecht, zoals (eveneens) neergelegd in het procedurele kader. De aard van het 287a-verzoek brengt echter mee dat deze regels wel toepasselijk zijn. Een 287a-verzoek strekt immers tot een definitieve verkorting van de rechten van de betrokken schuldeiser.²⁰⁷ Het toepassen van de regels van bewijsrecht zal overigens slechts in een beperkt aantal gevallen betekenen dat de procedure langer duurt. Het verweer van de niet-instemmende schuldeiser houdt namelijk meestal geen verband met de stellingen van de verzoeker/schuldenaar, maar ziet over het algemeen op de hoogte van het aanbod en het feit dat een insolventieprocedure met meer waarborgen is omkleed.²⁰⁸

5.11.10 De beslissing

Het behoeft geen toelichting dat een beslissing op een 287a-verzoek een beschikking hoort te zijn.

5.11.11 Proceskosten

Een proceskostenveroordeling dient geen automatisme te zijn. Zij kan eerst worden gegeven als het 287a-verzoek wordt toegewezen, de schuldeiser (daadwerkelijk) in het ongelijk wordt gesteld en de procedure namens verzoeker door een gemachtigde is gevoerd, dan wel indien verzoeker aantoonbaar reis-, verblijf en/of verletkosten te hebben gemaakt. Dit volgt uit het (analogisch) toe te passen art. 289 Rv en past bij het insolventieprocesrecht.²⁰⁹ Op grond van de jurisprudentie is voorts de conclusie dat een veroordeling in de kosten van de gemachtigde slechts op haar plaats is indien (de) kosten van de gemachtigde ten laste van verzoeker komen.²¹⁰

Voor de beantwoording van de vraag of de schuldeiser daadwerkelijk in het ongelijk is gesteld, dient bekend te zijn over welke informatie de schuldeiser beschikte, hetzij in het minnelijke traject, hetzij bij de oproeping voor de mondelinge behandeling. Indien het verzoek (mede) wordt toegewezen op grond van informatie die op dat moment niet bekend was dan kan niet gezegd worden dat de schuldeiser in het ongelijk is gesteld.

Een gemachtigde is degene die de procedure daadwerkelijk voor de schuldenaar voert. Deze moet worden onderscheiden van degene die de schuldenaar slechts bijstaat.

Bij de bepaling van de hoogte van het salaris van de gemachtigde dient aansluiting te worden gezocht bij de wijze waarop proceskosten in dagvaardingszaken zonder verplichte procesvertegenwoordiging worden vastgesteld. Voor zaken van onbepaalde waarde geldt een tarief van € 60,- tot € 800,- per

207 De impact hiervan op de procedures is beperkt. Het verweer van de schuldeiser ziet in de praktijk niet op de aan het 287a-verzoek ten grondslag gelegde feiten maar meer op de hoogte van het aanbod en de beperkte controle op de aanwezigheid van vermogensbestanddelen en, bij een prognose aanbod, op de nakoming van de sollicitatieplicht.

208 Dit blijkt tevens uit een onder rechters gehouden enquête: Jungmann&Kruis 2014, p. 76.

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

210 Hof Amsterdam 13 oktober 2011, *LJN* BV1609 en HR 27 november 2009, *LJN* BJ7929, *FED* 2010, 12, m.nt. E. Poelman, *BNB* 2010, 63, m.nt. B.J. van Eetikhoven, *VN* 2009/61.10, m.nt. Red, *BB* 2009, 1621, m.nt. Kruimel.

punt.²¹¹ Voor zowel het indienen van het verzoek- of verweerschrift als het verschijnen ter zitting wordt een punt toegekend. Een tarief van € 100,- à € 150,- lijkt goed te passen bij de aard, het belang en de gemiddelde omvang van de procedure van art. 287a.²¹² Het belang wordt daarbij niet slechts gerelateerd aan de hoogte van de vordering van de schuldeiser, maar mede aan de hoogte van het aanbod voor een minnelijke schuldregeling.

Niet is bepaald dat de verzoeker bij afwijzing van het 287a-verzoek zelf in de proceskosten kan worden veroordeeld. Uit jurisprudentie van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat dit in het insolventieprocesrecht desondanks, met analogische toepassing van art. 289 Rv, mogelijk is.²¹³

5.11.12 *Rechtsmiddelen*

Van een beslissing op een 287a-verzoek kan zowel de verzoeker/schuldenaar als de schuldeiser die het betreft in hoger beroep komen.²¹⁴ De hogerberoepstermijn bedraagt acht dagen. Deze termijn is erg kort en zou verlengd moeten worden tot 14 dagen of vier weken. Een nog langere termijn past minder goed bij het systeem en de aard van het insolventieprocesrecht. Schuldeisers worden per (aangetekende) post opgeroepen voor de mondelinge behandeling van het 287a-verzoek door de rechtbank. Deze oproepen zullen de belanghebbende (weigerachtige) schuldeiser niet steeds bereiken. Deze wijze van oproeping is met minder waarborgen omkleed dan die van dagvaarding, per exploit. Het verdient daarom aanbeveling de niet-verschenen belanghebbende het recht van verzet toe te kennen. Daarbij kan, mede gelet op het systeem en de aard van het insolventieprocesrecht, een korte termijn van bijvoorbeeld 14 dagen worden gegeven. Gelet op het definitieve karakter van een toewijzing van een 287a-verzoek dient het recht van hoger beroep naast het recht van verzet te blijven bestaan. Herroeping van een beslissing (beschikking) op een 287a-verzoek is, gelet op de wetsgeschiedenis van art. 287a, mogelijk met analogische toepassing van art. 390 Rv. Gronden voor herroeping zijn dat de beschikking berust op bedrog door de wederpartij (schuldenaar) in het geding gepleegd of op stukken waarvan de valsheid na de beschikking is erkend of bij gewijsde vastgesteld. Ook indien de schuldeiser na de beschikking stukken van beslissende aard in handen heeft gekregen die door toedoen van de wederpartij (de schuldenaar) waren achtergehouden, dan levert dit een grond voor herroeping op.

211 Zie de Staffel buitengerechtelijke incassokosten (BIK) en salarissen in rolzaken kanton op rechtspraak.nl (procedures/landelijke regelingen).

212 Voor zaken waarin ontbinding van een huurovereenkomst en ontruiming van een woning wordt gevorderd wordt € 150,- per punt voor het salaris van de gemachtigde toegekend. Dit tarief geldt eveneens voor vorderingen tussen de € 1.250,- en € 2.500,-. Voor vorderingen van € 500,- tot € 1.250,- geldt een tarief van € 100,- per punt.

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

214 Dat de schuldenaar/verzoeker in hoger beroep kan komen van een beslissing op het 287a-verzoek volgt uit HR 14 december 2012, *LJN* BY0966, *NJ* 2013/43.

