

# De woning onder water

## Over de afwikkeling van een woning met onderwaarde in de schuldsaneringsregeling

mr. W.J.G. Smits en mr. C. Vermeulen\*

### Inleiding

De huizenmarkt is (nog altijd) een zorg voor veel mensen in deze economisch zware tijden. Niet zelden komt het voor dat een hypothecaire vordering van de bank hoger is dan de waarde van de verbonden woning zelf. Er is in dat geval sprake van onderwaarde ofwel de zogenaamde ‘onder water staande woning’.

Stel uzelf nu de situatie voor dat de hypotheekschuld, tezamen met nog enkele andere schulden, de bewoner van het huis te machtig wordt. De bewoner kan niet langer aan zijn verplichtingen voldoen en doet een beroep op de wettelijke schuldsaneringsregeling (hierna: ‘schuldsaneringsregeling’). Na toelating tot de schuldsanering komt na een periode van drie jaar in beginsel de ‘schone lei’ in zicht, waarna de bewoner van zijn hypothecaire schuld en overige schulden verlost is. De vraag is of bovenstaande situatie daadwerkelijk zo eindigt. Kan het zo zijn dat de bewoner na drie jaar daadwerkelijk met een schone lei eindigt en geen hypotheekschuld meer heeft?

In deze bijdrage staat de wijze van afwikkeling van de ‘onder water staande woning’ in de schuldsaneringsregeling centraal, meer in het bijzonder de kwalificatie van de restantschuld aan de hypotheekhouder. Daarbij gaan wij aan de hand van het arrest *Van Wijk/ING Bank*<sup>1</sup> ook in op het recht dat gold voor de wijziging van de Faillissementswet in 2008, nu vele hypothecaire financieringen stammen van voor 2008.

### De werking van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen

De schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, ingevoerd in 1998,<sup>2</sup> heeft als voornaamste doel het in het leven roepen van een regeling waarmee kan worden tegengegaan dat een natuurlijke persoon die in een problematische financiële situatie is terechtgekomen tot in lengte van jaren met zijn schulden achtervolgd kan worden.<sup>3</sup> Een schuldenaar die een zekere periode, in de praktijk meestal drie jaar, aan zijn verplichtingen voldoet wordt uiteindelijk een zogenaamde schone lei verleend, hetgeen tot gevolg heeft dat de schulden waarvoor de schuldsaneringsregeling werkt op grond van art. 358 lid 1 Fw niet langer rechtens afdwingbaar zijn. De schuldsanering werkt op grond van art. 299 lid 1 Fw in beginsel voor alle schulden van de schuldenaar die ten tijde van de toepassing van de schuldsaneringsregeling bestaan. Is dit ook het geval voor schulden die gecureerd zijn door een hypotheekrecht? Art. 299, art. 303 en art. 358 Fw zijn voor de beantwoording van deze vraag van belang. In deze artikelen wordt de separatistenpositie van hypotheekhouders in de schuldsaneringsregeling voorgeschreven. Net zoals in geval van faillissement zijn hypotheekhouders op grond van

art. 299 lid 3 jo. 57 Fw separatist, zodat zij hun rechten, met name het recht van parate executie, kunnen uitoefenen alsof er geen schuldsaneringsregeling is.

Uitgangspunt van de schuldsaneringsregeling is dat de activa van de schuldenaar te gelde worden gemaakt.<sup>4</sup> Indien een hypotheekhouder niet overgaat tot executie van diens hypotheekrecht, kan de bewindvoerder de hypotheekhouder op grond van art. 299 lid 3 jo. 58 lid 1 Fw een termijn stellen waarbinnen hij tot uitoefening van zijn rechten dient over te gaan.<sup>5</sup> Doet hij dat niet, dan kan de bewindvoerder de verbonden woning opeisen en zelf verkopen. De opbrengst loopt in dat geval ‘door de boedel’. De uitdeling werkt dan overigens anders uit dan in faillissement. De verdeelsleutel is neergelegd in art. 349 lid 2 Fw. Op schulden waaraan voorrang is verbonden – zoals bijvoorbeeld een recht van hypotheek – wordt dubbel zoveel uitgedeeld als aan concurrente schulden. Dit geldt voor de hypotheekhouder op grond van art. 349 lid 3 Fw slechts voor zover hij batig gearangschikt is. Voor de restantschuld kan hij als concurrent schuldeiser opkomen. Deze restantschuld valt in dat geval onder de werking van de schone lei.<sup>6</sup>

### Schuldsaneringsregeling en hypothecaire schulden

Wat nu als de hypotheekhouder en bewindvoerder geen gebruik maken van hun bevoegdheden. Werkt de schuldsaneringsregeling dan wel of niet voor de hypothecaire schuld? In de lagere rechtspraak bestond onduidelijkheid over deze vraag. Zo oordeelde de rechtbank Dordrecht in 2006 dat de vordering van de hypotheekhouder volgens de doctrine onder de schuldsaneringsregeling viel en bij de beoogde af-

\* Willem-Jan Smits en Camiel Vermeulen zijn verbonden aan Holla Advocaten te 's-Hertogenbosch.

1. HR 13 maart 2009, NJ 2009, 203 (*Van Wijk/ING Bank*).
2. Wet van 25 juni 1998 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de sanering van schulden van natuurlijke personen, *Stb.* 1998, 445.
3. *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 6.
4. *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 9.
5. De curator in faillissement kan niet in alle omstandigheden onverkort gebruik maken van diens rechten uit art. 58 Fw. Er dient een boedelbelang te zijn bij het stellen van een dergelijke termijn. Vgl. HR 16 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:87. Deze rechtsregel verdient nuance voor de bewindvoerder in de schuldsaneringsregeling. Op deze kwestie gaan wij hieronder nader in.
6. Vgl. Wessels, *Insolventierecht. Deel IX. Schuldsaneringsregeling natuurlijke personen*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 9128.

loop van de schuldsaneringsregeling getroffen werd door de schone lei, indien de hypotheekhouder geen gebruik maakte van zijn recht van parate executie.<sup>7</sup>

Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de schuldsaneringsregeling niet werkt voor schulden die door hypotheek zijn gedekt.<sup>8</sup> Dergelijke schulden vallen niet onder de schone lei. Dit uitgangspunt is terug te vinden in het oorspronkelijk voorgestelde art. 299 lid 3 Fw:

‘De schuldsaneringsregeling werkt niet ten aanzien van vorderingen, welke door pand of hypotheek op een goed of goederen zijn gedekt, behoudens voor zover zij niet op die goederen verhaald kunnen worden. De artikelen 57 tot en met 60 zijn van overeenkomstige toepassing.’<sup>9</sup>

Uit de memorie van toelichting bij dit voorstel volgt dat het uitgangspunt van de wetgever is dat de schuldsaneringsregeling niet werkt ten aanzien van vorderingen van hypotheekhouders, voor zover dergelijke vorderingen verhaald kunnen worden op de daartoe verbonden goederen. Als uitgangspunt in het wetsvoorstel geldt dan ook dat deze schuldeisers, net zoals in faillissement en surseance van betaling, hun rechten tijdens de schuldsaneringsregeling op de ‘normale’ wijze kunnen uitoefenen.<sup>9</sup> Voorts wordt in de memorie van antwoord aangehaald dat niet in te zien valt waarom in het geval dat de schuldenaar inderdaad in financiële problemen is geraakt en om die reden ten aanzien van hem de schuldsaneringsregeling van toepassing is verklaard, het hypotheekrecht doorbroken moet worden. Een dergelijke inbreuk zou mogelijk gevolgen kunnen hebben voor het krijgen van krediet tegen zekerheid door natuurlijke personen.<sup>10</sup>

De vraag of de schuldsaneringsregeling al dan niet werkt voor hypothecaire schulden is, ondanks de vrij uitvoerige wetsgeschiedenis, relevant. Dit blijkt wel uit een wijziging van de faillissementswet in 2008, waarin de wetgever deze vraag zelf (ondanks de uitvoerige wetsgeschiedenis waaruit het tegendeel blijkt) bevestigend beantwoordt. Bij de onderwerpelijke wetswijziging zijn art. 303 en art. 358 Fw aangepast.<sup>11</sup> Aan art. 303 Fw is een nieuw derde lid toegevoegd en aan art. 358 Fw is een nieuw vijfde lid toegevoegd. Kort en goed behelzen deze wijzigingen het volgende. Art. 303 lid 3 Fw regelt dat de rechtbank of rechter-commissaris kan bepalen dat lid 1 van die bepaling niet van toepassing is op rente verschuldigd uit hoofde van een vordering die verzekerd is met een op de woning van de schuldenaar rustende hypotheek. Art. 358 lid 5 Fw bepaalt dat de schone lei van art. 358 lid 1 Fw niet geldt voor door hypotheek verstrekte vorderingen als voor de daarop verschuldigde rente art. 303 lid 3 Fw van toepassing is. De wetgever beoogde hiermee – kennelijk in de veronderstelling dat zulks nog niet mogelijk was – een mogelijkheid te scheppen om een hypothecaire vordering buiten de werking van de schuldsaneringsregeling te houden. De toelichting bij deze wijziging luidt als volgt:

‘Doorgaans zal de eigen woning die in bezit is van een schuldenaar hetzij door de bank worden geveild, hetzij onderhands door de bewindvoerder worden verkocht. Er zijn echter situaties denkbaar waarin verkoop niet in het belang van de boedel is. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn indien de woonlasten in de koopwoning lager zijn dan ze zullen zijn na verkoop en verhuizing naar een huurhuis en er geen overwaarde

is. Artikel 303, eerste lid, staat er echter aan in de weg dat de schuldenaar de hypotheekrente blijft betalen. Er zijn momenteel rechtbanken die toestemming geven om in de woning te blijven wonen, de rente te betalen en via schuldvernieuwing na afloop van de schuldsaneringsregeling te voorkomen dat de hypotheekschuld onder de schone lei valt. Teneinde een en ander te vereenvoudigen, wordt deze praktijk gefaciliteerd door artikel 303 een uitzondering op te nemen voor de betaling van hypotheekrente. Als pas na het vonnis tot vantoepassingverklaring van de schuldsaneringsregeling de vraag wat te doen met het huis is beantwoord, kan ook de rechter-commissaris bij beschikking een uitzondering geven voor de hypotheekrente. Voorwaarde bij dit alles is wel dat dit in het belang van de boedel moet zijn. Daarnaast is in artikel 358, vijfde lid, opgenomen dat een dergelijke hypotheek aan het einde van de schuldsaneringsregeling niet onder de schone lei valt.’<sup>12</sup>

‘In het nieuwe vijfde lid is een regeling opgenomen voor schuldenaren voor wie verkoop van de eigen woning niet in het belang van de boedel was. Indien bij aanvang de schuldsaneringsregeling of op een moment daarna artikel 303, derde lid, van toepassing is verklaard (zie hierboven onder d) op de rentetermijnen die voortvloeien uit de hypotheek, dan is bij beëindiging van de schuldsaneringsregeling de schone lei niet van toepassing op de hypotheek. Zie verder de toelichting op de wijziging van artikel 303, hierboven onder b.’<sup>13</sup>

Werkt de schuldsaneringsregeling nu wel of niet voor hypothecaire schulden van voor 2008? De Hoge Raad heeft aan deze onzekerheid een einde gemaakt door in diens arrest *Van Wijk/ING Bank* uitvoerig uiteen te zetten dat de wetgever bij de wetswijziging van 2008 uitging van de onjuiste veronderstelling dat voordien de schuldsaneringsregeling wel werkte voor hypothecaire schulden, waarbij hij uiteindelijk tot het oordeel is gekomen dat de schuldsaneringsregeling niet werkt voor zowel de hypothecaire schulden die stammen van vóór als van ná 2008.<sup>14</sup>

De Hoge Raad overweegt in zijn motivering dat het uitgangspunt van de wetgever is dat de schuldsaneringsregeling niet werkt ten aanzien van vorderingen die door hypo-

7. Rb. Dordrecht 4 augustus 2006, *JOR* 2006/276, r.o. 4.2 en 4.3.

8. *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 8, 14, 17 en 45; *Kamerstukken II* 1993/43, 22 969, nr. 6, p. 10-12; *Kamerstukken II* 1994/95, 22 969, nr. 20, p. 9.

9. *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 17, 45.

10. *Kamerstukken II* 1993/94, 22 969, nr. 6, p. 10-11. B. Wesels, *Insolventierecht. Deel IX. Schuldsaneringsregeling natuurlijke personen*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 9127.

11. Wet van 24 mei 2007 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met herziening van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, *Stb.* 2007, 192.

12. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 942, nr. 8, p. 4.

13. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 942, nr. 8, p. 5.

14. HR 13 maart 2009, *NJ* 2009, 203 (*Van Wijk/ING Bank*).

theek zijn gedekt, behoudens voor zover die vorderingen niet op de verbonden goederen verhaald kunnen worden. Zou de schuldsaneringsregeling namelijk wel werken ten aanzien van deze vorderingen, dan zou dit tot gevolg hebben dat de schuldenaar – mits door de schuldeiser is afgezien van zijn bevoegdheid als separatist ex. art. 57 – na beëindiging van de schuldsaneringsregeling ingevolge art. 358 Fw een onbelast goed bezit zonder dat de waarde daarvan aan de schuldeisers ten goede is gekomen. De Hoge Raad acht het niet aannemelijk dat de wetgever zijn standpunt hieromtrent heeft willen verlaten.<sup>15</sup>

Daarnaast overweegt de Hoge Raad dat een andere uitkomst tot gevolg zou kunnen hebben dat hypotheekhouders genoopt zouden zijn tijdens de schuldsaneringsregeling over te gaan tot een executie waar geen van de betrokken partijen baat bij heeft, dan wel tot schuldvernieuwing met hernieuwde zekerheidstelling waar slechts extra kosten aan verbonden zijn die ten laste van de schuldenaar komen.<sup>16</sup>

Ten overvloede, de onderwerpelijke feiten hadden betrekking op het geldend recht van vóór 2008, oordeelt de Hoge Raad dat een hypothecaire vordering ook na 2008 nog altijd niet onder de schuldsaneringsregeling valt, met als gevolg dat de schuldenaar tijdens de schuldsanering de hypotheekrente verschuldigd blijft en dat de hypothecaire vordering bij beëindiging van de schuldsanering niet onder de schone lei valt.<sup>17</sup> Ook Van Schilfgaarde schrijft in zijn noot onder dit arrest dat de wijzigingen geen wezenlijke veranderingen te weeg brengen en naar de prullenbak verwezen kunnen worden.<sup>18</sup>

## De restvordering van de hypotheekhouder

Er is een situatie die in het hierboven besproken arrest van de Hoge Raad onbelicht blijft. De hypotheekhouder is niet verplicht om van zijn bevoegdheid uit art. 57 Fw gebruik te maken. In geval van een woning met onderwaarde zijn situaties denkbaar dat verkoop van de woning in het belang van geen van betrokken partijen is.<sup>19</sup> In dat geval ziet de hypotheekhouder bij executie slechts een deel van zijn vordering voldaan, terwijl op de restantvordering de schone lei van toepassing is. Indien de schuldenaar zijn verplichtingen nakomt kan dit reden zijn voor de hypotheekhouder om niet tot executie over te gaan. Dit geldt eens te meer indien de hypotheekhouder verwacht dat de verbonden woning in waarde zal stijgen. In geval van onderwaarde is het voorts goed denkbaar dat er voor de bewindvoerder geen (boedel)belang is om een termijn ex art. 58 Fw te stellen. De hypotheekhouder kan met de bewindvoerder overeenkomen, af te zien van hun bevoegdheden uit art. 57 en art. 58 Fw. De schuldenaar zal gedurende de schuldsaneringsregeling de hypotheeklasten dienen te voldoen uit het aan hem toekomende vrij te laten bedrag. Indien de woning na afloop van de schuldsaneringsregeling alsnog wordt verkocht, zal er – verdamping van de onderwaarde als gevolg van waardestijging van de woning daargelaten – een vordering van de hypotheekhouder ten aanzien van de onderwaarde resteren. Deze vordering bestond op het moment van toepassing verklaring van de schuldsaneringsregeling reeds. Hoofregel uit art. 299 lid 1 Fw is derhalve dat de schuldsaneringsregeling voor die vordering werkt en de schone lei daarop van toepassing is. Het eerder besproken uitgangspunt dat separatisme van de hypotheekhouder ook in de schuldsaneringsregeling geldt,

doorkruist evenwel de werking van de regeling en toepasselijkheid van de schone lei.

De vraag rijst wat rechtens is ten aanzien van de hiervoor omschreven restantvordering. Er zijn twee varianten denkbaar:<sup>20</sup>

- i. de restantvordering is buiten de werking van de schuldsanering gebleven, de schone lei is hierop niet van toepassing;
- ii. de schuldsaneringsregeling werkt op grond van de strekking van art. 299 lid 3 Fw voor de restantvordering, zodat deze onder de schone lei valt.

Ad i

De variant i lijkt op het eerste gezicht in lijn met het huidige art. 299 lid 3 Fw en de oorspronkelijke toelichting daarop, waarin is bepaald dat de schuldsaneringsregeling niet werkt ten aanzien van schulden aan hypotheekhouders:

‘Zoals in onder meer paragraaf 23 van het algemeen gedeelte van deze toelichting werd aangegeven, kunnen de pand- en hypotheekhouder hun rechten uitoefenen alsof de schuldsaneringsregeling niet van toepassing is. Ook de retentor verliest zijn recht niet.

15. HR 13 maart 2009, *NJ* 2009, 203, r.o. 3.5.1 (*Van Wijk/ NG Bank*).
16. HR 13 maart 2009, *NJ* 2009, 203, r.o. 3.5.1 (*Van Wijk/ING Bank*).
17. HR 13 maart 2009, *NJ* 2009, 203, r.o. 3.7.2 (*Van Wijk/ING Bank*).
18. P. van Schilfgaarde, noot onder HR 13 maart 2009, *NJ* 2009, 203 (*Van Wijk/ING Bank*).
19. Dit kan het geval zijn indien de hypotheekhouder geen vordering op de schuldenaar heeft uit hoofde van achterstallige hypotheeklasten (vgl. *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 6, p. 11), deze lasten passend zijn in vergelijking met de normhuur en er overigens geen vermogensopbouw plaatsvindt door bijvoorbeeld afgelopen kapitaalverzekeringen (vgl. Werkgroep rekenmethoden Recofa, *Vtlb-rapport. Berekening van het vtlb bij toepassing van de Wet schuldsanering natuurlijke personen*, Versie januari 2015. p. 18, te raadplegen via <http://www.wsnp.rvr.org/download/vtlb/Vtlb-rapport%20januari%202015.pdf>). De hypotheeklasten dienen door de schuldenaar te worden voldaan uit de inkomsten die op grond van art. 295 lid 4 aanhef en onder c jo. 21 aanhef onder 2 Fw buiten de boedel vallen, het zogenaamde vrij te laten bedrag.
20. Naar de letter van art. 349 lid 2 en 3 Fw is er een derde variant voorstelbaar. Namelijk op het moment van uitdeling fixatie van het bedrag waarvoor de hypotheekhouder batig gerangschikt is en daarmee bepaling van de onderwaarde van de woning, waarbij de hypotheekhouder voor deze onderwaarde wordt meegenomen als concurrent crediteur (voor het batig gerangschikte deel blijft hij bevoorrecht, terwijl na uitdeling de alsdan resterende vordering onder de schone lei valt. De wetgever heeft een dergelijke mogelijkheid overwogen voor uitdelingen in afwachting van uitoefening van de bevoegdheden van de bewindvoerder op voet van art. 58 Fw maar deze (onder andere) op praktische gronden van de hand gewezen (*Kamerstukken II* 1994/95, 22 969, nr. 20, p. 13-14.). Dit komt tot uiting in art. 349 lid 1 Fw, waarin is bepaald dat geen uitdeling plaatsvindt indien zich in de boedel nog een verhypothekerde woning bevindt.

Een en ander volgt uit de artikelen 57 tot en met 60 Fw die in het derde lid van overeenkomstige toepassing zijn verklaard.<sup>21</sup>

De gedachte dat indien een verhuypotheekde woning – hetzij op initiatief van de schuldenaar, hetzij op dat van de hypotheekhouder – buiten de schuldsaneringsregeling wordt gelaten, ook de overige bij de hypotheek betrokken aspecten buiten de regeling blijven, is niet onlogisch. Dit geldt immers in ieder geval voor de hypotheeklasten. Deze dienen door de schuldenaar te worden voldaan uit de schuldenaar zelf toekomende, buiten de boedel vallende inkomsten (het vrij te laten bedrag).<sup>22</sup> In die lijn geredeneerd zou een restantschuld die bij verkoop na afloop van de schuldsaneringsregeling overblijft, eveneens buiten de werking van de regeling en dus buiten de toepassing van de schone lei dienen te vallen.

Hantering van variant i is in het belang van de hypotheekhouder. Indien hij ervoor kiest om (zo u wil, toestaat) geen gebruik te maken van zijn recht van parate executie, kan de hypotheekhouder na beëindiging van de schuldsaneringsregeling de schuldenaar onverkort aanspreken op een eventuele restantschuld. Het voorkomt ook dat de hypotheekhouder nog jaar en dag geconfronteerd kan worden met de uitwerking van de schone lei. De hypotheekhouder kan bij een dergelijke overeenstemming tussen hem, schuldenaar en bewindvoerder omtrent afzien van verkoop, schuldvernieuwing toepassen. In dat geval valt een eventuele restantschuld in ieder geval niet onder de schone lei, nu de totale schuld eerst na toepassing verklaring van de schuldsaneringsregeling is ontstaan. De wetgever heeft deze gang van zaken met de wetwijziging van 2008 willen faciliteren.<sup>23</sup> Dit is een duidelijk argument voor variant i.

Variant i is tevens in het belang van schuldenaren in het algemeen, nu het de financierbaarheid van hen vergroot. De wetgever heeft dit uitdrukkelijk onder ogen gezien en als argument gehanteerd om de hypothecaire schuld te onttrekken aan de werking van de schuldsaneringsregeling.<sup>24</sup> In de eerste variant schuilt evenwel ook een wezenlijk risico voor de schuldenaar. Indien hij – mogelijk zelfs op instigatie van de hypotheekhouder – in de woning blijft, kan hij na afloop van de schuldsaneringsregeling – ondanks de verlening van een schone lei – geconfronteerd worden met een (vaak substantiële) restantvordering, die opeisbaar is en kan worden verhaald op alle vermogensbestanddelen van de schuldenaar.<sup>25</sup> Engberts signaleert het hiervoor omschreven risico eveneens.<sup>26</sup> Ook Recofa heeft deze problematiek onder ogen gezien. Uit de notulen van de Recofavergadering van 26 september 2010 volgt dat de bewindvoerder de schuldenaar goed dient te informeren over risico's in geval er sprake is van onderwaarde en niet tot verkoop wordt overgegaan. In overleg met de rechter-commissaris dient vervolgens te worden bezien of de hypotheekhouder een termijn ex. art. 58 lid 1 Fw gesteld kan worden, zodat een eventuele restantvordering nog onder de werking van de schuldsanering valt.<sup>27</sup>

Ad ii

Het oorspronkelijke art. 299 lid 3 Fw en andere delen van de memorie van toelichting dan hiervoor aangehaald, bieden ruimte voor variant ii. Het oorspronkelijke lid 3 luidde als volgt:

‘De schuldsaneringsregeling werkt niet ten aanzien van vorderingen, welke door pand of hypotheek op een goed of goederen zijn gedekt, behoudens voor zover zij niet op die goederen verhaald kunnen worden. De artikelen 57 tot en met 60 zijn van overeenkomstige toepassing.’

Memorie van toelichting:

‘De schuldsaneringsregeling werkt ook voor vorderingen waaraan een voorrecht is verbonden, echter niet ten aanzien van vorderingen die door pand of hypotheek zijn gedekt voor zover die vorderingen op de verbonden goederen kunnen worden verhaald.’<sup>29</sup>

‘Buiten de werking van de schuldsaneringsregeling zouden echter moeten vallen de vorderingen van zogenoemde separatisten, waarop hieronder nog afzonderlijk zal worden ingegaan. Op deze plaats zij evenwel reeds opgemerkt dat de separatisten zich kunnen verhalen op de ter zake van de vordering verbonden goederen van de schuldenaar. Voor zover de opbrengst daarvan onvoldoende is, valt de vordering van een separatist wel onder de werking van de schuldsaneringsregeling.’<sup>30</sup>

‘De schuldsaneringsregeling zal niet werken ten aanzien van vorderingen van separatisten, althans voor zover die vorderingen kunnen worden verhaald op de daartoe verbonden goederen. Dit geldt derhalve voor pand- en hypotheekhouders. Ook de retentor zal zijn rechten kunnen uitoefenen. Het zou een te ver gaande inbreuk op het wettelijk stelsel op dit punt betekenen indien ook die integraal onder de werking van de schuldsaneringsregeling zouden worden gebracht. Dit is ook in het belang van de schuldenaar, die aldus niet onnodig wordt belemmerd in zijn mogelijkheden om als natuurlijke persoon tegen zekerheid krediet op te nemen. Als uitgangspunt in het wetsvoorstel geldt dan ook dat deze schuldeisers, net zoals in faillissement en surséance van betaling, hun rechten tijdens de schuldsaneringsregeling op gewone wijze kunnen uitoefenen.’<sup>31</sup>

21. *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 45.
22. *Kamerstukken II* 1993/94, 22 969, nr. 6, p. 12.
23. Vgl. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 942, nr. 8, p. 4.
24. *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 17; *Kamerstukken II* 1993/94, 22 969, nr. 6, p. 10.
25. Dit risico kan voor de bewindvoerder een (in onze ogen gerechtvaardigd) belang opleveren om de hypotheekhouder een termijn ex art. 58 lid 1 Fw te stellen. In geval van de schuldsaneringsregeling ligt de termijnstelling dan ook genuanceerder dan in faillissement. Vgl. in dat kader ook HR 16 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:87.
26. B.J. Engberts, *Tekst & Commentaar Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2014, aant. 9 bij art. 299 Fw.
27. M. Melissen, *Notitie: WSNP en eigen woning*, 2 februari 2012, te raadplegen via Curanet.
28. *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 8.
29. *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 14.
30. *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 17.
31. HR 13 maart 2009, NJ 2009, 203 (*Van Wijk/ NG Bank*).

Uit deze passages is de conclusie te trekken dat de schuldsaneringsregeling onverkort werkt voor dat deel van de hypothecaire schuld dat niet op de verbonden woning kan worden verhaald. De betreffende vordering bestaat op het moment van van toepassing verklaring van de schuldsaneringsregeling. De toepasselijkheid van de schone lei is niet beperkt tot schulden waarvan de hoogte voorafgaand aan of gedurende de regeling duidelijk worden. Op die grond kan betoogd worden dat de schone lei ook werkt voor de restantvordering die eerst bij verkoop van een woning na beëindiging van de schuldsaneringsregeling duidelijk wordt. Art. 299 lid 3 Fw is – zoals uitgebreid besproken door de Hoge Raad in het arrest *Van Wijk/ING Bank*<sup>31</sup> – bij vierde nota van wijziging aangepast. De eerste volzin is komen te vervallen en enkel de van overeenkomstige toepassing verklaring van enkele artikelen is gehandhaafd.<sup>32</sup> Met deze wijziging heeft de wetgever echter niet beoogd de strekking van de onderwerpelijke bepaling te veranderen. Het betreft slechts een tekstuele aanpassing, die zijn oorsprong vindt in de wijziging van de in art. 349 Fw neergelegde bij uitdeling te hanteren verdeelsleutel.<sup>33</sup> Het curieuze is dat de wetgever bij de wijziging van art. 349 Fw de mogelijkheid van afzien van de verkoop van de woning gedurende de schuldsaneringsregeling volledig buiten beschouwing heeft gelaten,<sup>34</sup> terwijl bij deze wijziging lid 1 van dit artikel aldus is aangevuld met de volzin: *‘Niettemin vindt geen uitdeling plaats, indien de verkoop van een goed nog moet plaatsvinden en daarop pand of hypotheek rust of ten aanzien van dat goed voorrang geldt als bedoeld in art. 292 van Boek 3 van het Burgerlijk wetboek, dan wel op dat bepaalde goed een voorrecht rust.’* Een en ander volgt ook uit de toelichting bij de wijziging van art. 349 Fw, waarin de wetgever de mogelijkheden van de afwikkeling van een verhypotheceerde woning uiteenzet:

‘Voor de pandhouders, hypotheekhouders en de in artikel 57, tweede lid, Fw bedoelde beperkt gerechtigden is het stelsel als volgt. Ten eerste de regeling – zoals die thans reeds uit het wetsvoorstel voortvloeit – voor de situatie dat een pandhouder of hypotheekhouder zich in de schuldsaneringsregeling gedraagt als separatist. Verkoop van het verbonden goed en de verdere afwikkeling geschieden in beginsel buiten de boedel om, de pand- of hypotheekhouder en de beperkt gerechtigden krijgen uit de opbrengst van het goed hun vorderingen voldaan. Is de opbrengst daartoe echter onvoldoende – hetgeen zich eventueel ook kan voordoen indien, gelet op artikel 57, derde lid, Fw, de opbrengst geheel of gedeeltelijk aan de boedel moet worden afgedragen omdat er schuldeisers zijn met een hogere rang (vergelijk bijv. de hogere voorrang wegens kosten tot behoud: artikel 284 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek) –, dan wordt de resterende vordering bestreken door de werking van de schuldsaneringsregeling. Dit betekent ook dat, indien door de bewindvoerder uitkeringen uit de boedel worden gedaan, de bedoelde restvordering van de pandhouders, de hypotheekhouders en de beperkt gerechtigden bij die uitkering wordt betrokken en de verdeelsleutel van artikel 349, tweede lid, daarbij toepassing vindt. De desbetreffende restvordering geldt daarbij overeenkomstig artikel 59 Fw als concurrent.’

Anders is de – in de onderhavige nota van wijziging betrokken – situatie waarin een pandhouder of hypotheekhouder zich niet als separatist opstelt en hij, ondanks het feit dat de bewindvoerder daartoe een redelijke termijn heeft gesteld (vergelijk artikel 58, eerste lid, Fw), geen gebruik maakt van zijn recht tot parate executie. Hierbij wordt aangetekend, dat de termijn die de bewindvoerder kan stellen ook niet zonder meer kort hoeft te zijn. Daarbij kan immers rekening gehouden worden met de (te verwachten) looptijd van de schuldsaneringsregeling. De bewindvoerder en de pand- of hypotheekhouder kunnen ook afspraken maken over de termijn waarop of waarbinnen tot verkoop zou moeten worden overgegaan. Komt het evenwel tot verkoop door de bewindvoerder overeenkomstig artikel 58 Fw, dan valt de opbrengst volledig in de boedel. Ingevolge het eerste lid van dat artikel behouden de pand- en hypotheekhouder in dat geval weliswaar hun voorrang, maar hun vordering wordt verder afgewikkeld via de regelingen van de schuldsaneringsregeling. Dit betekent onder meer dat, rekening houdende met eventuele schuldeisers met een hogere voorrang, op grond van de gewone regelingen zal moeten worden vastgesteld voor welk gedeelte van de vordering van de pand- en hypotheekhouders hun voorrang geldt, en welk overblijvende gedeelte als concurrent is aan te merken, op de aldus vastgestelde vordering(en) is bij het doen van uitkeringen uit de boedel de verdeelsleutel van artikel 349, tweede lid, van toepassing, het kan dus voorkomen dat bij voorbeeld een pandhouder bij de toepassing van die verdeelsleutel voor een gedeelte van zijn vordering in de groep schuldeisers van vorderingen met voorrang valt, en voor het overige gedeelte in de groep concurrente schuldeisers.<sup>35</sup>

Nu de wetgever bij deze aanpassing voorbijgaat aan zijn eerdere expliciete opmerking dat de hypotheekhouder en de bewindvoerder kunnen afspreken om af te zien van het gebruik van hun bevoegdheden uit art. 57 en art. 58 Fw, terwijl deze aanpassing geen inhoudelijke wijziging van de uitgangspunten van het oorspronkelijke art. 299 lid 3 Fw behelst, is goed verdedigbaar dat het uitgangspunt dat de schuldsaneringsregeling wel werkt voor een hypothecaire schuld voor zo-

32. *Kamerstukken II* 1994/95, 22 969, nr. 20.

33. Indien de bewindvoerder gebruik maakt van zijn bevoegdheden uit art. 58 Fw en een met hypotheek belaste woning verkoopt, kan de in art. 349 Fw neergelegde verdeelsleutel tot gevolg hebben dat de hypotheekhouder een lagere uitkering ontvangt dan indien hij als separatist zou optreden. De eerste volzin van het oorspronkelijke art. 299 lid 3 Fw was in de ogen van de wetgever dan ook te strak geformuleerd. Het betreft slechts een tekstuele aanpassing en geen inhoudelijke wijziging. Vgl. *Kamerstukken II* 1994/95, 22 969, nr. 20, p. 8,9,12 en 13. Aldus ook HR 13 maart 2009, *NJ* 2009, 203, r.o. 3.4.2. (*Van Wijk/ING Bank*).

34. Dit terwijl in de memorie van antwoord nog uitdrukkelijk valt te lezen dat door de hypotheekhouder én de bewindvoerder afgezien kan worden van verkoop van de verhypotheceerde woning, zodat deze woning in het geheel niet wordt verkocht gedurende de schuldsaneringsregeling. *Kamerstukken II* 1993/94, 22 969, nr. 6, p. 11, 12.

35. *Kamerstukken II* 1993/94, 22 969, nr. 20, p. 9.

ver deze niet op de verbonden woning kan worden verhaald, ook geldt indien de woning na beëindiging van de schuldsaneringsregeling wordt verkocht en eerst dan de (hoogte van de) restantschuld duidelijk wordt. In welk geval de schone lei dus van toepassing is op deze restantschuld en deze schuld niet langer afdwingbaar is. Loesberg lijkt met verwijzing naar de wettelijke systematiek deze variant aan te hangen, zo is te lezen in zijn noot onder het arrest van het Gerechtshof Amsterdam dat voorafgaat aan het arrest *Van Wijk/ING Bank*.<sup>36</sup>

Op basis van de systematiek van de Faillissementswet hangen wij variant ii aan. De hoofdregel uit art. 299 lid 1 Fw dat de schuldsaneringsregeling werkt voor schulden die op het moment van van toepassing verklaring van die regeling bestaan is helder. De onderwerpelijke hypotheekschuld voldoet daar evident aan. Het uitgangspunt uit art. 299 lid 3 Fw, dat de hypotheekhouder ook in de schuldsaneringsregeling separatist is, is onbetwist, terwijl zowel uit de wetsgeschiedenis als uit het arrest *Van Wijk/NG Bank* duidelijk volgt dat de strekking van dit lid is dat de schuldsaneringsregeling slechts niet werkt voor dergelijke schulden en de schone lei daarop slechts niet van toepassing is, voor zover deze verhaald kunnen worden op de verboden woning. Doorredenering langs deze vaste lijn leidt tot de conclusie dat een restantschuld waarvan de hoogte eerst na beëindiging van de schuldsaneringsregeling duidelijk wordt, wél onder de schuldsaneringsregeling valt en daarop dus ook de schone lei van toepassing is. Uit oogpunt van rechtszekerheid, de financierbaarheid van natuurlijke personen en de facilitering van de wetgever van de praktijk van schuldvernieuwing door de wetwijziging van 2008, achten wij het echter wenselijk dat bij de beëindiging van de schuldsaneringsregeling zoveel als mogelijk vaststaat op welke schulden de schone lei van toepassing is. Daarin past niet dat op een potentiële restantschuld nog tot jaar en dag de schone lei van toepassing kan zijn. Vanuit die perspectieven pleiten wij dan ook voor variant i.

## Conclusie

Zowel onder het huidige recht als het recht dat gold voor 2008, werkt de schuldsaneringsregeling niet ten aanzien van hypotheecaire schulden. Een hypotheekhouder kan diens rechten uitoefenen alsof er geen schuldsaneringsregeling is. Mocht de hypotheekhouder geen gebruik maken van zijn recht van parate executie, dan kan de bewindvoerder hem een termijn stellen en na verloop van deze termijn het goed opeisen en te gelde maken. In geval van onderwaarde kunnen hypotheekhouder en bewindvoerder onder omstandigheden afspreken geen gebruik te maken van hun bevoegdheden. De schuldenaar kan dan in de woning blijven wonen. Indien de woning na beëindiging van de schuldsaneringsregeling alsnog wordt verkocht, kan de schuldenaar wederom worden geconfronteerd met een schuld uit onderwaarde van de woning. Voor de vraag of op deze restantschuld al dan niet de schone lei van toepassing is, zijn vele argumenten voor en tegen te noemen. De wetgever heeft er evenwel niet expliciet bij stilgestaan en ook de Hoge Raad heeft zich over deze kwestie (nog) niet uitgelaten. Hangende deze onzekerheid is het aan hypotheekhouders, bewindvoerders en schuldenaren om de risico's van het afzien van verkoop tijdens de schuldsaneringsregeling onder ogen te zien en elkaar voor deze risico's te waarschuwen.

36. Noot E. Loesberg onder Gerechtshof Amsterdam 8 februari 2007, *JOR* 2007, 159.