

Processuele aspecten van de procedure tot faillietverklaring

Deel II – Rechtsmiddelen

Tvl 2017/3

Naar aanleiding van diverse recente ontwikkelingen in wetgeving en rechtspraak worden in een overzichtartikel verspreid over twee afleveringen vanuit een processuele invalshoek de eigenaardigheden van de procedure tot faillietverklaring in kaart gebracht, van de bepaling van de bevoegde rechter in eerste aanleg tot het oordeel van de Hoge Raad in cassatie en de procedure na cassatie en verwijzing. Het eerste deel stond in het teken van de procedure in eerste aanleg. Dit tweede deel handelt over de rechtsmiddelen verzet, hoger beroep en cassatie.

I. Het (gesloten) stelsel van rechtsmiddelen

De procedure tot faillietverklaring kent een (ingewikkeld) rechtsmiddelenstelsel dat afwijkt van het stelsel dat voor de algemene verzoekschriftprocedure geldt. De wetgever heeft een afwijkende regeling nodig geacht, omdat in het kader van de faillietverklaring “de gewone wijze van procederen niet voldoet aan de behoeften van het verkeer en de eischen der rechtszekerheid.” Beide vorderen naar zijn oordeel dringend “dat eene aangevraagde faillietverklaring niet maanden lang slepende kan gehouden worden”, omdat het faillissement ingrijpt in nagenoeg alle rechtsbetrekkingen van de schuldenaar en om die reden een “langdurige onzekerheid of dit al of niet plaats zal hebben niet [mag] bestaan”.²

Het rechtsmiddelenstelsel van de procedure tot faillietverklaring is vervat in art. 8-12 Fw. Het betreft een gesloten systeem.³ Dit houdt in dat het in het kader van de procedure tot faillietverklaring niet mogelijk is een ander rechtsmiddel aan te wenden dan de verzet-, hoger beroep- en cassatiemogelijkheden die zijn opgenomen in deze bepalingen. Het (buitengewone) rechtsmiddel van herroeping komt in deze regeling niet voor en staat in een procedure tot faillietverklaring dus niet open.⁴ Hetzelfde lot treft een op de

voet van art. 376 e.v. Rv ingesteld derdenverzet (niet te verwarren met het derdenverzet op grond van art. 10 lid 1 Fw).⁵ Wél mogelijk is dat de rechter tijdens de behandeling op de voet van art. 392 Rv prejudiciële vragen stelt aan de Hoge Raad,⁶ maar van het instellen van een rechtsmiddel is in dat geval ook geen sprake. Indien een rechtsmiddel wordt aangewend in een situatie waarin art. 8-12 Fw *niet* voorzien, leidt dat tot niet-ontvankelijkheid van de opposant, appellant of verzoeker.

Recent kwamen de beperkingen van het rechtsmiddelenstelsel in de Faillissementswet aan de orde bij het Hof Den Bosch.⁷ In deze zaak had een aantal werknemers van de reeds ontbonden vennootschap Flex BV haar faillissement aangevraagd. De faillissementszitting zou op 12 januari 2016 plaatsvinden, maar omdat Flex BV niet correct was opgeroepen voor de zitting, is deze tweemaal aangehouden en werd het faillissement van Flex BV pas op 28 juni 2016 uitgesproken. Voor de werknemers was het gevolg van de aanhouding dat zij het UWV niet langer konden verzoeken om de overname van bepaalde loonverplichtingen, terwijl – indien het faillissement reeds op 12 januari 2016 was uitgesproken – het UWV die loonverplichtingen nog wel had overgenomen. De werknemers stelden om die reden hoger beroep in tegen de op hun verzoek uitgesproken faillietverklaring van Flex BV en verzochten daarin de faillietverklaring per 12 januari 2016. De curator van Flex BV stelde op zijn beurt incidenteel appel in tegen de faillietverklaring. Het gesloten stelsel van rechtsmiddelen bracht volgens het hof echter mee dat zowel de werknemers als de curator niet-ontvankelijk waren in hun beroep. Ingevolge de Faillissementswet stond voor de werknemers geen hoger beroep open tegen de *toewijzing* van hun verzoek en de curator had slechts de mogelijkheid om (tijdig) in *verzet* te komen tegen de faillietverklaring. Opvallend is dat het hof in zijn uitspraak verwijst naar het gesloten systeem van rechtsmiddelen “van art. 360 Fw”, terwijl uit die bepaling slechts volgt dat de *schuldsaneringsregeling* een gesloten stelsel voor het instellen van rechtsmiddelen kent, zoals dat voor de surseance van betaling volgt uit art. 282 Fw. Een vergelijkbare bepaling voor het faillissement ontbreekt. Dat ook in faillissement sprake is van een gesloten stelsel, staat evenwel buiten kijf.

II. Verzet

De procedure tot faillietverklaring kent het rechtsmiddel van *verzet*. De rechtvaardiging voor het toekennen van een

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: T.T. van Zanten en I.M.A. Lintel, ‘Processuele aspecten van de procedure tot faillietverklaring. Deel II – Rechtsmiddelen’, Tvl 2017/3. Thijs van Zanten en Ida Lintel zijn beiden (cassatie) advocaat bij Wijn & Stael Advocaten. Thijs van Zanten is tevens redacteur van dit tijdschrift.

2 Zie MVT, *Van der Feltz I*, p. 282.

3 Zie HR 20 april 2007, NJ 2007/243 (*Pick & Pack/Unique Logistics*); HR 14 december 2007, NJ 2008/6 (*GIN/Qnow*). Zie voorts Molengraaff-Star Busmann, *De Faillissementswet*, 1951 (vierde druk), p. 116-117; *Wessels Insolventierecht I*, 4^e druk, 2016/1390.

4 Zie ten aanzien van het instellen van een *request-civiel* – de voorloper van de regeling van de herroeping – HR 14 juni 1912, W. 9361; HR 9 december 1983, NJ 1984/384, m.nt. W.H. Heemskerk (*Zuijderwijk/NMB*). Zie voorts conclusie A-G Wesseling-van Gent 20 december 2002, ECLI:NL:PHR:2003:AF3076.

5 Zie Hof 's-Gravenhage 17 april 1985, NJ 1987/245.

6 Zie voor een voorbeeld: HR 18 december 2015, NJ 2016/172, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Hoeksma q.q./Trade*).

7 Zie Hof 's-Hertogenbosch 29 september 2016, RI 2016, 105.

mogelijkheid tot verzet in het algemeen is gelegen in het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor. Een partij die een eerdere gelegenheid om zijn belangen te verdedigen niet heeft benut, wordt alsnog in de gelegenheid gesteld dat te doen en wel bij dezelfde rechter, zodat geen instantie verloren gaat.⁸ In *dagvaardingsprocedures* bestaat het rechtsmiddel van verzet in beginsel steeds (zie de art. 143-148 Rv, 353 lid 1 en 418a Rv), zij het in cassatie in zeer beperkte mate (art. 425 Rv) en in de nabije toekomst in het geheel niet meer.⁹ In *verzoekschriftprocedures* bestaat de mogelijkheid van verzet daarentegen in beginsel *niet*, tenzij de wet daarin uitdrukkelijk voorziet, hetgeen voor zover wij kunnen overzien thans alleen nog in de faillissementsprocedure het geval is. Vanuit procesrechtelijk perspectief vormt het rechtsmiddel van verzet in de procedure tot faillietverklaring dus een vreemde eend in de bijt.

Het bestaan c.q. handhaven van het rechtsmiddel van verzet in de procedure tot faillietverklaring is niet zonder kritiek gebleven. Zo pleit Van Mierlo voor schrapping, omdat het rechtsmiddel volgens hem op een andere wijze wordt ingezet dan waarvoor het oorspronkelijk is bedoeld (te weten teneinde een snelle herbeoordeling mogelijk te maken in plaats van voorkoming van het verlies van een instantie), het de procedure nodeloos ingewikkeld maakt en niet bijdraagt aan een snelle en efficiënte procesvoering.¹⁰ Wij menen echter dat het gezien de ingrijpende gevolgen van de faillietverklaring wenselijk is dat de mogelijkheid van verzet in elk geval voor de niet gehoorde *schuldenaar* behouden blijft. Bedacht moet worden dat in zoverre het rechtsmiddel van verzet ook wel degelijk wordt ingezet waarvoor het is bedoeld. Bij raadpleging van de wetsgeschiedenis blijkt dat de Eerste Kamer tegen de suggestie om de mogelijkheid van verzet voor de schuldenaar te laten vervallen, had aangevoerd dat de schuldenaar daardoor “in slechter conditie zou komen door het verliezen van een instantie”,¹¹ welke stelling de regering juist voorkwam.¹² Wij verwijzen in dit kader ook naar A-G Vranken, die opmerkt dat de ratio van het verzet in art. 8 lid 2 Fw in niets verschillend is van het verzet in de normale dagvaardingsprocedure.¹³ Minder moeite zouden wij hebben met de afschaffing van de mogelijkheid van verzet die is toegekend aan *schuldeisers*, met uitzondering van de aanvrager, en *belanghebbenden*. Weliswaar kan de faillietverklaring ook voor deze partijen ingrijpend zijn, maar dat is doorgaans toch van een andere orde. Bovendien wordt het rechtsmiddel van verzet hier wél ingezet voor een ander doel dan waarvoor het is bedoeld, nu het, zoals verderop in deze paragraaf nog aan de orde komt, door de genoemde

partijen kan worden benut ongeacht of zij reeds in de procedure zijn gehoord.¹⁴

Opposant

Tegen een faillietverklaring staat verzet open voor (i) de schuldenaar die niet is gehoord, (ii) elke schuldeiser, met uitzondering van de schuldeiser die de faillietverklaring heeft verzocht en (iii) elke belanghebbende, zowel in eerste aanleg, als in hoger beroep. Dit laatste volgt voor de schuldeiser en de belanghebbende uit art. 10 lid 2 Fw, waarin in algemene zin wordt gerept van verzet bij “het rechtscollege” dat de faillietverklaring heeft uitgesproken en het blijkt ook uit art. 11 lid 4 Fw. Hoewel dit niet direct duidelijk is op basis van de wettekst (art. 8 lid 2 Fw), bestaat de mogelijkheid van verzet indien de faillietverklaring is uitgesproken in hoger beroep naar het oordeel van de Hoge Raad ook voor de *schuldenaar*, omdat niet valt in te zien waarom aan een bij het hof failliet verklaarde partij die niet bij de behandeling aanwezig is geweest, een rechtsmiddel moet worden ontzegd, dat aan minder direct belanghebbenden, bedoeld in art. 10 en 11 Fw, wel is gegeven.¹⁵ Géén verzet mogelijkheid bestaat indien het hof de faillietverklaring van de rechtbank heeft bekrachtigd, omdat het arrest van het hof dan geen faillietverklaring inhoudt.¹⁶ Indien een partij in verzet is gekomen tegen een in hoger beroep uitgesproken faillietverklaring, staat tegen de beslissing op het verzet geen hoger beroep meer open (art. 11 lid 4 Fw).

Voor het bestaan van de mogelijkheid van verzet door de *schuldenaar* ex art. 8 lid 2 Fw is alleen van belang of hij in de procedure is gehoord en dus niet of hij – in gevallen waarin hij *niet* is gehoord – eventueel *wel* op de juiste wijze is opgeroepen. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de schuldenaar die bij de eerste behandeling van het faillissementsverzoek is verschenen, als gehoord moet worden aangemerkt, ook als hij bij het vervolg van de behandeling op een tweede zitting niet is verschenen.¹⁷ Een door de Hoge Raad nog onbeantwoorde vraag is of de schuldenaar eveneens is gehoord als hij niet op de zitting is verschenen, maar wel *schriftelijk* verweer heeft gevoerd. De lagere rechtspraak is hierover verdeeld.¹⁸ Wij menen dat met het voeren van schriftelijk verweer voldaan is aan het beginsel van hoor en wederhoor en de schuldenaar daarmee als gehoord moet worden aangemerkt, ongeacht of hij ter zitting verschijnt. In de regel zal de schuldenaar er ook bewust voor hebben gekozen om niet te verschijnen, nu hij blijkens het ingediende verweer van de faillissementsprocedure op de hoogte was. De schulde-

8 Zie met betrekking tot de dagvaardingsprocedure reeds HR 4 december 1914, NJ 1915, p. 233 en met betrekking tot de verzoekschriftprocedure M. Ynzonides, *Verstek en verzet* (diss. Rotterdam), 1996, p. 246.

9 Art. 425 Rv komt met de invoering van de KEI-wetgeving te vervallen.

10 Zie A.I.M. van Mierlo, ‘Vernieuwd insolventieprocesrecht’, *WPNR* 2008/6760; A.I.M. van Mierlo, ‘De procedure tot faillietverklaring in het licht van het commune procesrecht’, *TvJ* 1998/1, § 5 en 6.

11 Zie Verslag der Eerste Kamer, *Van der Feltz I*, p. 299 (cursivering *TTVZ* en *IMA*).

12 Zie Antwoord der Regeering, *Van der Feltz I*, p. 299.

13 Zie A-G Vranken, conclusie vóór HR 18 december 1992, NJ 1993/177, nr. 8.

14 In het Voorontwerp Insolventiewet was eveneens de mogelijkheid van verzet voor de schuldenaar gehandhaafd en die voor de schuldeiser niet zijnde de oorspronkelijk aanvrager en de belanghebbende geschrapt. Zie nader de Toelichting, S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet. Voorontwerp Insolventiewet*, Serie Onderneming en recht deel 2-IV, Deventer: Kluwer 2007, p. 208.

15 Zie HR 29 oktober 1982, NJ 1983/196, m.nt. B. Wachter (*Lobo/Nederlandse Credietbank*).

16 Zie HR 20 april 2007, NJ 2007/243 (*Pick & Pack/Unique Logistics*).

17 Zie HR 18 december 1992, NJ 1993/177, r.o. 3.2.

18 Zo oordeelt het Hof 's-Hertogenbosch dat het voeren van schriftelijk verweer volstaat (Hof 's-Hertogenbosch 9 oktober 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AZ8627), maar volgens de Rechtbank Den Haag is dat onvoldoende (Rb. Den Haag 7 augustus 2003, *JOR* 2003, 246).

naar die op eigen aangifte failliet is verklaard en daarmee dus heeft gekregen waarom hij verzocht, mist logischerwijze het recht van verzet (en dat van hoger beroep).¹⁹

Op grond van art. 10 lid 1 Fw kan ook elke *schuldeiser* – behalve de oorspronkelijke aanvrager – en elke *belanghebbende* verzet instellen tegen een faillietverklaring in eerste aanleg of hoger beroep. De schuldeiser en belanghebbende hebben dit recht ongeacht of zij zijn gehoord.²⁰ Bij dit laatste kan men bedenkingen hebben. Het strookt niet met de ratio van de verzet mogelijkheid om ook gelegenheid tot verzet te bieden aan partijen die reeds zijn gehoord. Men kan zich daarnaast afvragen of het gerechtvaardigd is dat een schuldeiser of belanghebbende in een voorkomend geval – in vergelijking met de schuldenaar die het betreft – een *extra* mogelijkheid heeft om in rechte zijn visie op de faillissementsaanvraag naar voren te brengen. Tegen dit laatste valt evenwel in te brengen dat het niet steeds eenvoudig is om vast te stellen welke bezwaren bij de behandeling door schuldeisers en andere belanghebbenden zijn aangevoerd. Schuldeisers en andere belanghebbenden zijn formeel bij de behandeling van een faillissementsaanvraag niet betrokken en de wet noch het Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken voorziet voor hen in de mogelijkheid van de indiening van een verzoekschrift. Zelfs een verschijningsrecht of een recht om te worden gehoord, is aan schuldeisers en belanghebbenden, met uitzondering van de echtgenoot of geregistreerd partner (art. 6 lid 2 Fw), niet gegeven.²¹ In de praktijk komt het daardoor overigens ook nagenoeg niet voor dat een schuldeiser, anders dan de aanvrager van het faillissement, of een belanghebbende bij de behandeling in eerste aanleg wordt gehoord. Het recht van verzet voor schuldeisers en belanghebbenden is opgenomen in de Faillissementswet omdat deze partijen er belang bij hebben dat een solvante debiteur niet failliet gaat.²² Dit recht bestaat voor deze partijen niet alleen bij een faillissement dat is uitgesproken op eigen aangifte of op aanvraag van een schuldeiser, maar ook indien de faillietverklaring op grond van art. 242 lid 4 Fw is gevolgd op de intrekking van de surseance.²³

Art. 10 lid 1 Fw biedt geen duidelijkheid over de vraag wie moet worden aangemerkt als schuldeiser en wie als belanghebbende in de zin van die bepaling. Voor de vraag wie als *schuldeiser* heeft te gelden dient onzes inziens aansluiting te worden gezocht bij het schuldeisersbegrip in art. 1 Fw en de wijze waarop de Hoge Raad daaraan in de arresten *Berzona* en het recente *Megalim/De Veenbloem* invulling heeft gegeven.²⁴ Wie tot de *belanghebbenden* in art. 10 lid 1 Fw te rekenen zijn, dient te worden afgeleid uit de aard van de procedure en de daarmee verband houdende wetsbepalingen.²⁵

Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad speelt daarbij een rol in hoeverre iemand door de uitkomst van de procedure zodanig in een eigen belang kan worden getroffen dat deze daarin behoort te mogen opkomen ter bescherming van dat belang, of in hoeverre iemand anderszins zo nauw betrokken is of is geweest bij het onderwerp dat in de procedure wordt behandeld, dat daarin een belang is gelegen om in de procedure te verschijnen, het entameren van die procedure daaronder begrepen.²⁶ In de jurisprudentie zijn bijvoorbeeld werknemers,²⁷ echtgenoten en samenwonenpartners,²⁸ huurders en mede-eigenaren,²⁹ en iemand die partij is bij een samenwerkingsovereenkomst die door het faillissement niet ten uitvoer kan worden gelegd,³⁰ als belanghebbenden in de zin van art. 10 lid 1 Fw aangemerkt. In een uitspraak van 1 mei 2014 oordeelde het Hof Den Bosch heel in het algemeen dat een *aandeelhouder* van een naamloze of besloten vennootschap als belanghebbende in de hier bedoelde zin kan worden aangemerkt, omdat op de aandeelhouder jegens de vennootschap “rechten en verplichtingen [rusten] en hij, door zijn deelname in het (risicodragend) kapitaal van de betrokken vennootschap, tevens economisch mede-eigenaar van de vennootschap [is]” en in het verlengde daarvan “door de uitkomst van een faillissementsprocedure zodanig in een eigen belang wordt getroffen dat hij daarin behoort te kunnen opkomen ter bescherming van dat belang”.³¹ In de regel zal een aandeelhouder naar onze mening inderdaad als belanghebbende in de zin van art. 10 lid 1 Fw kunnen worden gekwalificeerd. Ook de ondernemingsraad kwalificeert naar onze mening als belanghebbende.³²

Eind 2015 heeft de Hoge Raad in *Hoeksma q.q./Trade* naar aanleiding van een prejudiciële vraag van de Rechtbank Overijssel geoordeeld dat indien een rechtspersoon op eigen aangifte failliet is verklaard, ook de *curator* onder omstandigheden – kort gezegd: in geval van een (nagenoeg) lege boedel – door de faillietverklaring zodanig in een eigen belang wordt getroffen dat hij *pro se* als belanghebbende in de zin van art. 10 lid 1 Fw is aan te merken en uit dien hoofde verzet kan doen tegen de faillietverklaring.³³ Naar aanleiding van deze uitspraak oordeelde de Rechtbank Overijssel dat de curator *pro se* ontvankelijk was in het door hem ingestelde verzet.³⁴ Dit is opmerkelijk, omdat de curator in de betreffende zaak zijn verzet in *hoedanigheid* had ingesteld.

19 Zie HR 17 april 1925, NJ 1925/678.

20 Zie HR 27 februari 1959, NJ 1959/556; HR 7 december 1984, NJ 1985/268, m.nt. W.C.L. van der Grinten.

21 Zie W.C.L. van der Grinten, noot onder HR 7 december 1984, NJ 1985/268.

22 Zie Beraadslaging Tweede Kamer, Van der Feltz I, p. 303.

23 Zie Rb. Amsterdam 25 mei 2005, JOR 2005, 201.

24 Zie respectievelijk HR 11 juli 2014, NJ 2014/407, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Berzona*) en HR 19 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2833 (*Megalim/De Veenbloem*). Zie voorts nader over het schuldeisersbegrip Deel I van dit artikel in TvI 2016/33, § III.

25 Zie HR 25 oktober 1991, NJ 1992/149, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Veldhof*).

26 Zie HR 6 juni 2003, NJ 2003/486, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Scheipar*); HR 10 november 2006, NJ 2007/45, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Lips/Broex, Stichting IHD*), r.o. 3.4.2; HR 18 december 2015, NJ 2016/172, m.nt. F.M.J. Verstijlen, r.o. 4.3.1 (*Hoeksma q.q./Trade*).

27 Zie Rb. 's-Hertogenbosch 22 februari 2005, JOR 2005, 109, m.nt. E. Loesberg (*LUM Nederland*) en Rb. Amsterdam 25 mei 2005, JOR 2005, 201, m.nt. E. Loesberg (*Nederlandse Verkeersvliegers*).

28 Zie HR 27 februari 1959, NJ 1959/556 respectievelijk Hof Arnhem 17 maart 1997, TvI-N 1997, p. 53.

29 Zie HR 16 april 1982, NJ 1982/644, m.nt. B. Wachter (*Van Beek*).

30 Zie Rb. Amsterdam 11 december 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BG6941.

31 Zie Hof 's-Hertogenbosch 1 mei 2014, JOR 2015, 15, m.nt. L. Kriekaert, r.o. 3.6.8.

32 Zo ook: P.A.M. Witteveen en I. Zaal, ‘Medezeggenschap bij faillissement en doorstart’, TAO 2016/3, § 3.

33 Zie HR 18 december 2015, NJ 2016/172, m.nt. F.M.J. Verstijlen, r.o. 4.5 (*Hoeksma q.q./Trade*).

34 Zie Rb. Overijssel 10 februari 2016, NJF 2016/177.

De Hoge Raad beperkt zich bij de beantwoording van de prejudiciële vragen uitdrukkelijk tot het geval waarin het gaat om een faillissement van een *rechtspersoon* en dat faillissement *op eigen aangifte* is uitgesproken en merkt daarbij op “dat het in dit verband van belang is dat (het bestuur van) de rechtspersoon, anders dan schuldeisers, in art. 2:19 BW een alternatieve weg ten dienste staat om, al dan niet na vereffening van het vermogen, de beëindiging van het bestaan van de rechtspersoon te bewerkstelligen”.³⁵ Dat roept de vraag op of wellicht iets anders geldt in gevallen waarin géén alternatieve route beschikbaar is, zoals wanneer sprake is van een eigen aangifte door een natuurlijk persoon die niet in aanmerking komt voor de WSNP of wanneer het faillissement is aangevraagd door een schuldeiser. Wij menen dat een ontkenkende beantwoording in de rede ligt, omdat de vraag of degene die het faillissement heeft uitgelokt een alternatief ter beschikking stond, voor de positie van de curator geen enkel verschil maakt; ook indien dat niet het geval was, wordt hij immers vanwege het ontbreken van baten in zijn eigen belang getroffen. Onzes inziens dient de curator dus steeds *ontvankelijk* te zijn in zijn verzet, ongeacht of het een faillissement van een natuurlijk of rechtspersoon betreft en het faillissement op aanvraag of aangifte is uitgesproken – ook indien er voor de aanvrager c.q. aangever van het faillissement geen andere route voorhanden was. In de lagere rechtspraak wordt ook reeds aangenomen dat de curator ontvankelijk is in zijn verzet indien dit is gericht tegen de faillietverklaring van een *natuurlijk persoon* en/of het faillissement is aangevraagd op verzoek van een *schuldeiser*.³⁶

Het verzet van de curator komt volgens de Hoge Raad alleen dan voor gegrondverklaring in aanmerking indien sprake is van een boedel die (nagenoeg) geen baten bevat en deze ook niet te verkrijgen of anderszins te verwachten zijn, bijvoorbeeld met toepassing van art. 42 Fw of art. 2:9 BW. In dat geval zal kunnen worden aangenomen “dat (het bestuur van) de rechtspersoon de bevoegdheid aangifte tot faillietverklaring te doen – en daarmee de te benoemen curator te belasten met de werkzaamheden die tot beëindiging van het bestaan van de rechtspersoon moeten leiden zonder dat de curator voor zijn werkzaamheden een vergoeding tegemoet kan zien – heeft misbruikt”.³⁷ De Hoge Raad voegt daar nog aan toe dat hierbij van belang is dat het faillissement is gericht op verdeling van het vermogen van de schuldenaar onder zijn schuldeisers; daaraan wordt logischerwijze niet toegekomen indien er geen vermogen is. In een dergelijk geval dient het bestuur volgens de Hoge Raad de weg van art. 2:9 BW te bewandelen. Wij zouden hieruit *niet* willen afleiden dat steeds misbruik vereist is van degene die het faillissement heeft uitgelokt. Een *schuldeiser* heeft in de regel geen inzicht in de vermogenspositie van de schuldenaar én geen alternatief, zodat hem in een voorkomend geval zwaarlijk misbruik van de bevoegdheid om het faillissement

van zijn schuldenaar aan te vragen kan worden verweten, terwijl de curator niettemin wordt belast met de kosten van de afwikkeling van een faillissement dat niet kan worden ingezet waarvoor het is bedoeld. Ook in een dergelijk geval dient het verzet onzes inziens te slagen.

De curator dient zijn stelling dat er nagenoeg geen baten zijn te verwachten uiteraard te onderbouwen. Van hem wordt verwacht dat hij met de nodige gegrondheid een onderzoek instelt naar de aanwezigheid van vermogen van de schuldenaar en dat de uitkomst van dat onderzoek beschikbaar is ten tijde van de behandeling van het verzet. Wij verwachten dat de verzettermijn van acht dagen³⁸ in veel gevallen te kort zal zijn om vast te kunnen stellen dat de boedel geen baten bevat en baten ook niet te verwachten zijn, waardoor deze verzetmogelijkheid de curator in de praktijk vermoedelijk weinig soelaas zal bieden.³⁹

Verzettermijn

De termijn voor het instellen van verzet bedraagt voor de *schuldenaar* veertien dagen. Indien de schuldenaar zich buiten Nederland bevindt, wordt deze termijn verlengd tot een maand. Een *schuldeiser* of *belanghebbende* dient binnen acht dagen in verzet te komen. De verzettermijn vangt steeds aan op de dag *na* de dag van de uitspraak,⁴⁰ dat wil zeggen ongeacht eventuele onbekendheid met de uitspraak. Op deze termijnen is de Algemene Termijnenwet van toepassing.⁴¹ Ten aanzien van de schuldenaar die in een andere EU-lidstaat woont of gevestigd is, geldt dat de inleiding van de faillissementsprocedure aan hem moet worden betekend volgens de EG-Betekendingsverordening (EG) Nr. 1393/2007 (EBETVo II). Is de schuldenaar woonachtig of gevestigd in een land buiten de EU, dan geldt in veel gevallen het Haags Betekendingsverdrag 1965.⁴² Op grond van art. 19 lid 4 EBETVo II respectievelijk art. 16 Haags Betekendingsverdrag 1965 heeft de schuldenaar die bij verstek failliet is verklaard en die stelt niet de gelegenheid te hebben gehad zich te verweren, doordat het stuk dat het geding inleidt of een daarmee gelijk te stellen stuk hem niet (tijdig) heeft bereikt, de gelegenheid om de rechter, indien de termijn waarbinnen een rechtsmiddel had moeten worden aangewend inmiddels is verstreken, te verzoeken hem een nieuwe termijn toe te staan binnen welke hij het rechtsmiddel alsnog kan aanwenden. In gevallen waarin de schuldenaar op goede gronden een dergelijk verzoek doet, brengen de genoemde

35 Zie HR 18 december 2015, NJ 2016/172, m.nt. F.M.J. Verstijlen, r.o. 4.5 (Hoeksma q.q./Trade), r.o. 4.2.2.

36 Zie Rb. Rotterdam 29 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2735; Rb. Midden-Nederland 11 mei 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2590.

37 Zie HR 18 december 2015, NJ 2016/172, m.nt. F.M.J. Verstijlen, r.o. 4.5 (Hoeksma q.q./Trade), r.o. 4.7.1.

38 Wessels gaat ten onrechte uit van een verzettermijn voor de curator van 14 dagen; zie Wessels *Insolventierecht* 1, 4^e druk, 2016/1425d.

39 Vgl. Rb. Rotterdam 29 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2735; Rb. Midden-Nederland 11 mei 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2590; Rb. Limburg 2 augustus 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:10516. Zie ook S. Renssen, ‘Curatorenverzet in geval van een lege boedel’, *MvO* 2016/2.1, p. 26 en 28; M.A.L.M. Willems, ‘De curator als belanghebbende en turboliquidatie – Twee opvallende uitspraken in één klap. Enkele gedachten naar aanleiding van HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3636’, *TvCu* 2012/2, p. 5. Vgl. voortz. ’s-Hertogenbosch 3 november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4921, r.o. 3.11.3.

40 Zie art. 8 lid 2 Fw en art. 10 lid 1 Fw. Vgl. HR 26 november 1982, NJ 1983/442, m.nt. B. Wachter (*Bouchar/Dekker*); HR 10 januari 1992, NJ 1992/195 (*Balkema/De Ranitz*); HR 15 september 2000, NJ 2000/642.

41 De in art. 362 lid 1 Fw vervatte uitsluiting van de toepasselijkheid van de Algemene Termijnenwet treft alleen de daarin genoemde termijnen.

42 Blijkens art. 20 lid 1 EBETVo II hebben de bepalingen in EBETVo II voorrang op het Verdrag.

regels uit EBETVo II en Haags Betekeningsverdrag 1965 onzes inziens mee dat de termijn van een maand ex art. 8 lid 2 Fw dient te worden verlengd.⁴³ Daarvoor bestaat in beginsel géén aanleiding indien de in eerste aanleg niet verschenen, in het buitenland woonachtige of gevestigde schuldenaar het inleidende verzoekschrift wél tijdig heeft ontvangen, maar de *uitspraak* hem vervolgens niet tijdig heeft bereikt. Termijnen voor het aanwenden van een rechtsmiddel – dus ook die voor het instellen van verzet – worden als regels van openbare orde door de rechter ambtshalve toegepast. Overschrijding van de termijn leidt in beginsel tot niet-ontvankelijkheid. In het belang van een goede rechtspleging wordt aan de termijnen voor het instellen van een rechtsmiddel strikt de hand gehouden.⁴⁴ Slechts onder bijzondere omstandigheden wordt daarop een uitzondering gemaakt. Volgens vaste rechtspraak is een termijnoverschrijding met name gerechtvaardigd in het geval van een fout of verzuim van (de griffie van) de rechtbank of het hof waardoor degene die het rechtsmiddel instelt niet tijdig wist en redelijkerwijs ook niet kon weten dat de rechter uitspraak had gedaan en de uitspraak hem als gevolg van een niet aan hem toe te rekenen fout of verzuim pas na afloop van de rechtsmiddeltermijn is toegezonden of verstrekt, óf indien de griffie de uitspraak nog binnen de rechtsmiddeltermijn, maar zo laat heeft verzonden of verstrekt dat daartegen binnen die termijn redelijkerwijs zelfs niet meer een beroepschrift kan worden ingediend waarin de gronden voor het beroep niet zijn opgenomen. In een zodanig geval moet de termijn verlengd worden met een termijn van veertien dagen – of een zoveel kortere termijn als overeenstemt met de wettelijke termijn – na de dag van verstrekking of verzending van de uitspraak.⁴⁵ Indien tijdens de mondelinge behandeling waarbij partijen, voorzien van rechtsbijstand, aanwezig waren, door de voorzitter is medegedeeld dat op een bepaalde datum uitspraak zal worden gedaan en dit ook daadwerkelijk gebeurt, bestaat er geen aanleiding om een termijnoverschrijding verschoonbaar te achten.⁴⁶ Het doet dan niet meer terzake dat degene die een rechtsmiddel wil aanwenden door een fout of verzuim van de rechtbank of het hof de uitspraak pas na het verstrijken van de termijn ontvangt. Een enkele vertraging in de toezending van de schriftelijke uitspraak levert dus geen recht op verlenging van de termijn op. Onder omstandigheden kan binnen de voorgeschreven termijn pro forma verzet worden ingesteld. De gronden kunnen dan op een later moment worden aangevuld.⁴⁷

43 De vraag naar de mogelijkheid tot verlenging van de termijn ex art. 8 lid 2 Fw op de voet van het Haags Betekeningsverdrag 1965 kwam aan de orde in HR 15 september 2000, NJ 2000/642, maar het antwoord werd in cassatie in het midden gelaten.

44 Zie voor een recent voorbeeld HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1086 (art. 81 RO) en de conclusie van A-G De Bock vóór dit arrest, nr. 2.20-2.25.

45 Zie HR 28 november 2003, NJ 2005/465, m.nt. W.D.H. Asser, r.o. 3.2; HR 11 juli 2014, NJ 2014/359.

46 Zie HR 11 juli 2014, NJ 2014/359; HR 22 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:727. Een mooi overzicht van de geldende regels ten aanzien van de verschoonbare termijnoverschrijding wordt gegeven door A-G Wesseling-van Gent in haar conclusie vóór HR 25 september 2015, NJ 2015/389, nr. 2.5.

47 Vgl. HR 26 juni 1981, NJ 1982/450, m.nt. E.A. Alkema en J.M.M. Maeijer (*Aken/Savelberg Electro*); HR 25 september 1981, NJ 1982/451; HR 25 september 1981, NJ 1982/452, m.nt. W.H. Heemskerck. Zie hierover nader § IV, onder "Cassatietermijn en doorlooptijd".

Inleiding, kennisgeving en verloop van de procedure

Het verzet wordt ingesteld bij verzoekschrift en ingediend ter griffie van het rechtcollege dat de faillietverklaring voor het eerst heeft uitgesproken (art. 8 lid 4 Fw en art. 10 lid 2 Fw). Afhankelijk van de procesgang kan dat de rechtbank of het hof zijn. In feite is de verzetprocedure een voortzetting van de procedure voor dezelfde rechter, maar dan op 'tegenspraak'. In het Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken is opgenomen welke inhoud het verzetrekst moet hebben.⁴⁸ Op grond van art. 5 Fw dient het rekest te worden ingediend door een advocaat. De voorzitter van de rechtbank of het hof bepaalt vervolgens terstond een dag en uur voor de mondelinge behandeling (art. 8 lid 4 Fw en art. 10 lid 3 Fw).

Op grond van art. 8 lid 4 Fw dient de opposant-schuldenaar uiterlijk op de vierde dag, volgende op die waarop hij zijn verzoek heeft ingediend, bij deurwaardersexploot aan de advocaat die het verzoekschrift tot faillietverklaring heeft ingediend kennis te geven van het verzet alsmede van de tijd voor de mondelinge behandeling.⁴⁹ De gedachte achter betekening aan de *advocaat* in plaats van aan de *schuldenaar* zelf is dat betekening aan de schuldenaar tot grote vertraging zou kunnen leiden indien deze in het buitenland woonachtig is en bij de verlening van een opdracht tot indiening van een verzoek tot faillietverklaring mag worden verwacht dat die opdracht ook de gehele daarop volgende procedure betreft.⁵⁰ Indien het verzet is ingesteld door een schuldeiser of belanghebbende op grond van art. 10 lid 1 Fw, dient deze een dergelijke kennisgeving te richten aan de schuldenaar en – indien de faillietverklaring door een schuldeiser is verzocht – ook aan de advocaat die het verzoekschrift heeft ingediend (art. 10 lid 3 Fw). De kennisgeving geldt als oproeping voor de mondelinge behandeling.⁵¹ Dit wettelijke kennisgevingsvereiste vormt een afwijking van de reguliere regels omtrent de oproeping in een verzoekschriftprocedure, op grond waarvan de oproeping van partijen en belanghebbenden door de griffier plaatsvindt.⁵² Indien het voorschrift niet (tijdig) wordt nageleefd, leidt dat tot niet-ontvankelijkheid van het verzoek, tenzij het verzuim is gedekt. Het verzuim is gedekt door verschijning van de partijen aan wie de kennisgeving had moeten zijn gericht.⁵³ Voorts kan aan de opposant de gelegenheid worden geboden het verzuim te herstellen. De mondelinge behandeling wordt in zo'n geval verplaatst naar een later moment. Of de opposant een herstelmogelijkheid wordt geboden, is echter geheel aan de discretie van de rechter overgelaten.⁵⁴ In het Procesreglement verzoekschriftprocedures insolven-

48 Zie Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken, art. 1.3.2.4.

49 Indien het faillissement is aangevraagd door het Openbaar Ministerie dan dient deze kennisgeving rechtstreeks aan het OM te zijn gericht; het OM laat zich immers bij een faillissementsaanvraag niet bijstaan door een advocaat.

50 Zie MvT, *Van der Feltz I*, p. 283; Molengraaff-Star Busmann, *De Faillissementswet*, 1951 (vierde druk), p. 105-106.

51 Zie art. 8 lid 5 Fw en art. 10 lid 4 Fw.

52 Zie art. 271 Rv e.v.

53 Zie HR 26 maart 1928, NJ 1928/754.

54 Zie HR 15 juli 1985, NJ 1986/210, m.nt. W.C.L. van der Grinten.

tiezaken rechtbanken is bepaald dat de rechtbank de “geopposeerde [...] en, in geval van derdenverzet, ook de gefailleerde” oproept.⁵⁵ Gezien het feit dat de wettelijk vereiste kennisgeving door de opposant als oproeping geldt, is dat strikt genomen overbodig. Het kennisgevingsvereiste wordt in de literatuur al langer bekritiseerd.⁵⁶ Die kritiek lijkt ons terecht, nu gebruikelijk is dat (ook) de griffier de oproeping van de desbetreffende partijen verzorgt en bovendien niet valt in te zien waarom de procedure tot faillietverklaring op dit punt zo wezenlijk van de reguliere verzoekschriftprocedure zou moeten afwijken. De recentelijk in consultatie gebrachte *Wet modernisering faillissementsprocedure* voorziet dan ook in de schrapping van het kennisgevingsvereiste. Indien de wet wordt aangenomen, vindt de oproeping in de toekomst slechts nog plaats door de griffier.⁵⁷

Ingevolge art. 8 lid 6 Fw en art. 10 lid 5 Fw vindt de behandeling van het verzet plaats op de wijze bij art. 4 Fw voorgeschreven, dat wil zeggen overeenkomstig de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring in eerste aanleg.⁵⁸ Op een aantal punten wordt daarvan evenwel afgeweken. In de eerste plaats geldt dat de behandeling in beginsel niet achter gesloten deuren plaatsvindt, maar in het openbaar.⁵⁹ Nu er tijdens een verzetprocedure steeds sprake is van een faillissementstoestand, is er, gelet op de publicatie van een uittreksel van het faillissementsvonnis ex art. 14 lid 3 Fw, onvoldoende reden om ervan uit te gaan dat de belangen van de schuldenaar zich tegen openbare behandeling verzetten.⁶⁰ Om die reden moet de behandeling in het openbaar plaatsvinden, tenzij één van de partijen behandeling in de raadkamer verzoekt en de ander zich daartegen niet op goede gronden verzet.⁶¹ Ten tweede zijn bij de verzetprocedure meer partijen betrokken die (kunnen) worden gehoord dan in eerste aanleg. Zo is er niet alleen de schuldenaar en – indien het faillissement op verzoek is uitgesproken – de schuldeiser die het faillissement heeft aangevraagd, maar ook – in het geval van derdenverzet – de schuldeiser of belanghebbende die het verzet instelt en in alle gevallen de

curator.⁶² Het horen van de curator is zinvol omdat hij informatie kan verschaffen over de toestand van de boedel. Het is gebruikelijk dat de curator ten behoeve van de behandeling van het verzet (schriftelijk) verslag uitbrengt. Indien de rechter zijn beslissing mede baseert op het verslag van de curator, dient dit verslag te zijn voorgelegd aan de partijen en moeten zij voldoende gelegenheid hebben gehad om op het verslag te reageren.⁶³

Een overzicht van de hiervoor besproken mogelijkheden tot het instellen van verzet en de daarvoor geldende vereisten is opgenomen in afbeelding 1.

Afbeelding 1 – overzicht mogelijkheden tot verzet

Wetsin-gang	Opposant	Situatie	Verzet-termijn	Kennis-geving
Art. 8 lid 2 Fw	Schulde-naar	In 1 ^e aanleg of in hoger beroep failliet verklaard, maar niet gehoord	14 dagen/schulde-naar buiten NL: 1 maand	Binnen 4 dagen adv. die verzoekschrift 1 ^e aanleg heeft ingediend (art. 8 lid 4 Fw)
Art. 10 lid 1 Fw	schuldeiser (niet zijnde oorspronkelijk aanvrager) of belanghebbende	In 1 ^e aanleg of in hoger beroep failliet verklaard	8 dagen	Binnen 4 dagen aan schuldenaar én adv. die verzoekschrift 1 ^e aanleg heeft ingediend (art. 10 lid 3 Fw)

Rechterlijke toetsing en de uitspraak

Uitgangspunt in een procedure tot faillietverklaring is dat de feitenrechter – ongeacht of het gaat om een procedure in eerste aanleg, in verzet of in hoger beroep – de vraag of aan de vereisten voor faillietverklaring is voldaan, dient te beantwoorden aan de hand van de feiten en omstandigheden die gelden ten tijde van de beslissing (*ex nunc*-toetsing).⁶⁴ Is echter inmiddels sprake van een faillissementstoestand, dan bepaalt die toestand de rechtspositie van alle schuldeisers, zodat het latere tenietgaan van de vordering van de

55 Zie Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken, art. 1.3.4.3. Het Procesreglement verzoekschriftprocedures handels- en insolventiezaken gerechtshoven bepaalt hierover niets.

56 Zie W.C.L. van der Grinten, noot onder HR 23 juli 1984, NJ 1985/50 (*Bedrijfsvereniging/Timmers*), nr. 4; M. Ynzonides, *Verstek en verzet* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1996, p. 239; A.I.M. van Mierlo, ‘De procedure tot faillietverklaring in het licht van het commune procesrecht’, *Tvl* 1998/1, § 3; M. Ynzonides, ‘Faillissements- versus burgerlijk procesrecht’, *Tvl* 2004/special, § 3.

57 Zie de ontwerp-toelichting bij de *Wet modernisering faillissementsprocedure*, p. 13 en 14, die kan worden geraadpleegd via www.overheid.nl.

58 Zie voor het verloop van de behandeling in eerste aanleg Deel I van dit artikel in *Tvl* 2016/33, § V, onder ‘Verdere behandeling’.

59 Zie HR 20 mei 1988, NJ 1989/676, m.nt. E.A. Alkema en J.M.M. Maeijer (*Koster/curator Kobo*).

60 Op grond van art. 6 EVRM is het uitgangspunt dat de zitting in het openbaar plaatsvindt.

61 Overigens laat de aard van dit vormvoorschrift niet toe dat een partij die bij de behandeling heeft nagelaten zich tegen niet-naleving van dit voorschrift te verzetten, de nietigheid van de betrokken uitspraak kan inroepen; zie HR 20 mei 1988, NJ 1989/676, m.nt. E.A. Alkema en J.M.M. Maeijer (*Koster/curator Kobo*).

62 De wetgever heeft geen wettelijke basis nodig geacht voor het horen van de curator: “De bevoegdheid, om den curator te horen, wordt den rechter in art. 8 niet onttogen en bezit hij dus ongetwijfeld.” (zie Verslag van de Tweede Kamer met Regeringsantwoord, *Van der Feltz I*, p. 286). De Hoge Raad heeft dit ook aangenomen (zie HR 31 augustus 1904, *W* 1808).

63 Zie HR 12 maart 1999, NJ 1999/400.

64 Vgl. HR 3 mei 2013, NJ 2013/275 (*Transavia/Racadio c.s.*); HR 17 januari 2014, NJ 2014/61 (*Unitco*).

aanvrager (bijv. door betaling) niet zonder meer betekent dat het faillissement moet worden vernietigd.⁶⁵

In een verzetprocedure geldt evenwel iets anders. In *HSK/Bosma* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat in verzet de *ex nunc*-toetsing ook geldt ten aanzien van de vereiste summierlijke aannemelijkheid van het vorderingsrecht van de aanvrager (dit speelt uiteraard niet bij een derdenverzet tegen een faillietverklaring op eigen aangifte, want dan geldt dit vereiste niet).⁶⁶ Volgens de Hoge Raad onderscheidt de verzetprocedure zich van hoger beroep in die zin dat het rechtsmiddel van verzet de strekking heeft dat het geding waarin verstek was verleend, op tegenspraak in *dezelfde* instantie wordt voortgezet. De verzetprocedure biedt de verweerder die niet was verschenen en daardoor zijn belangen niet heeft verdedigd, de gelegenheid om dit alsnog te doen, hetgeen in lijn is met het beginsel van hoor en wederhoor. De Hoge Raad overweegt dat:

“[m]et die strekking van het rechtsmiddel van verzet en met de ingrijpende gevolgen die de faillietverklaring heeft, zich niet [verdraagt] dat de schuldenaar die zich tegen de bij verstek uitgesproken faillietverklaring wenst te verzetten, bijvoorbeeld met de stelling dat de vordering van de aanvrager niet of niet langer bestaat – welke stelling, indien juist, die aanvrager de bevoegdheid ontnemt het faillissement uit te lokken – bij dat verweer geen baat meer kan hebben.”⁶⁷

Is onvoldoende bestreden aangevoerd dat de vordering van de aanvrager van het faillissement ten tijde van het wijzen van het verzetvonnis is voldaan, dan dient de het faillissementsvonnis – geheel conform de *ex nunc*-toetsing – dus te worden vernietigd, ook als inmiddels is gebleken dat andere schuldeisers onbetaald worden gelaten.⁶⁸ De rechter is in een verzetprocedure – dus ook voor wat betreft het vorderingsrecht van de aanvrager – ‘gewoon’ lijdelijk en daarmee gebonden aan de standpunten van partijen.⁶⁹ Die gebondenheid impliceert dat in verzet slechts aan de orde is waarover wordt geklaagd.⁷⁰

Indien de rechter het verzet gegrond oordeelt en het vonnis van faillietverklaring vernietigt, stelt hij tevens het bedrag van de faillissementskosten en van het salaris van de curator vast. Hij brengt dit bedrag ten laste van degene die de faillietverklaring heeft aangevraagd, van de schuldenaar, of van beide in de door de rechter te bepalen verhouding

(art. 15 lid 3 Fw). Voorts is mogelijk dat de rechter een proceskostenveroordeling uitspreekt.⁷¹

Indien de faillietverklaring in verzet wordt vernietigd, blijven de handelingen van de curator tot het moment dat de griffier van die uitspraak kennis heeft gegeven aan de curator en aan de (geregistreerde) postvervoerbedrijven ex art. 15 lid 1 Fw – hetgeen niet eerder gebeurt dan nadat de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan – geldig en verbindend voor de schuldenaar (art. 13 lid 1 Fw).⁷² Van de curator mag evenwel worden verwacht dat hij, in de periode waarin de faillietverklaring is vernietigd maar deze vernietiging nog niet onherroepelijk is geworden, terughoudend van zijn bevoegdheden gebruikmaakt.⁷³

III. Hoger beroep

In de procedure tot faillietverklaring staat hoger beroep niet open voor *alle* belanghebbenden, zoals dat wel geldt voor de reguliere verzoekschriftprocedure (art. 358 lid 2 Rv). Dit is verklaarbaar doordat in de procedure tot faillietverklaring *alle* belanghebbenden *verzet* kunnen instellen (art. 10 lid 1 Fw), terwijl de gewone verzoekschriftprocedure die mogelijkheid niet kent. Het is om die reden onnodig en onwenselijk om aan *alle* belanghebbenden steeds het recht van hoger beroep te geven, zeker ook gezien de spoed die bij een faillissementsprocedure geboden is.

Appellant

Verspreid over zes verschillende bepalingen in art. 8 Fw, art. 9 en 11 Fw is opgenomen aan wie het recht op hoger beroep toekomt. In de kern komt de regeling erop neer dat hoger beroep kan worden ingesteld door de (rechts)personen die partij zijn geweest bij de procedure in de vorige instantie,⁷⁴ mits (i) er voor die (rechts)persoon geen verzet openstaat⁷⁵; en (ii) die (rechts)persoon belang heeft bij het hoger beroep. Een (rechts)persoon heeft géén belang bij hoger beroep indien een faillietverklaring op zijn aangifte of verzoek is uitgesproken,⁷⁶ of indien zijn verzet tegen een faillietverklaring gegrond is verklaard.

Appel tegen tussenbeschikking

In § 1 kwam aan de orde dat het rechtsmiddelenstelsel in de Faillissementswet een uitputtende regeling vormt, waarbuiten geen rechtsmiddel kan worden aangewend, op straffe van niet-ontvankelijkheid. Een uitzondering hierop lijkt evenwel te zijn weggelegd voor het hoger beroep tegen een

65 Zie reeds HR 4 november 1949, NJ 1950/17.

66 Zie HR 5 juni 2015, NJ 2015/320, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*HSK/Bosma*).

67 Zie r.o. 3.3.4.

68 Het arrest *HSK/Bosma* vindt reeds navolging in de lagere rechtspraak; zie bijv. Rb. Zeeland-West-Brabant 31 mei 2016, JOR 2016, 343, m.nt. G. Boeve.

69 Zie HR 27 juni 1958, NJ 1958/451 (*faill. Schoenindustrie Maarssen II*) waarin de Hoge Raad oordeelde dat nu bij verzet niet werd opgekomen tegen de beslissing van de rechtbank dat van het vorderingsrecht van de schuldeisers die het verzoek tot faillietverklaring hadden gedaan, was gebleken, het hof ter zake niet een beslissing had te nemen. Zie voorts F.M.J. Verstijlen, noot onder HR 5 juni 2015, NJ 2015/320 (*HSK/Bosma*), nr. 6.

70 Zie *Wessels Insolventierecht I*, 4^e druk, 2016/1397.

71 Vgl. HR 11 april 2008, NJ 2008/221 (*A./Advocatenkantoor Van Dijk*), r.o. 3.4. Zie ook Deel I van dit artikel in *Tvl* 2016/33, § VII.

72 Een uitzondering geldt ten aanzien van de opzegging van de arbeidsovereenkomst(en) door de curator, welke met terugwerkende kracht wordt beheerst door de wettelijke of overeengekomen regels die van toepassing zijn buiten faillissement (art. 13a Fw).

73 Zie HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2577, r.o. 3.4.

74 Geen ‘partij’ bij procedure in de vorige instantie is degene die toen slechts is gehoord. Voor hem staat dan ook geen hoger beroep open. Zie HR 7 december 1984, NJ 1985/268, m.nt. W.C.L. van der Grinten.

75 Staat wel verzet open dan moet die mogelijkheid worden benut. In de Faillissementswet bestaat dus geen keuze tussen het instellen van verzet of hoger beroep.

76 Zie bv. Hof’s-Hertogenbosch 20 mei 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BI6383.

tussenbeschikking. Gezien het spoedeisende karakter van de faillissementsprocedure zal de rechtbank slechts sporadisch een tussenbeschikking wijzen. Dit is eigenlijk alleen denkbaar indien het verzoek tot faillietverklaring door de rechtbank wordt geschorst, bijvoorbeeld in afwachting van een beslissing op een verzoek tot toelating tot de WSNP, of de rechtbank bij tussenbeschikking beslist op een opgeworpen exceptie met betrekking tot de onbevoegdheid van de rechter⁷⁷; voor voorlopige voorzieningen, deelvonnissen of bewijsopdrachten is in de faillissementsprocedure in beginsel geen plaats. De Faillissementswet voorziet niet met zoveel woorden in rechtsmiddelen tegen tussenuitspraken in een faillissementsprocedure. Evenmin voorziet de Faillissementswet echter in een *uitsluiting* van de in beginsel openstaande mogelijkheid van hoger beroep, terwijl voor een dergelijke uitsluiting een wettelijke basis zou moeten bestaan.⁷⁸

Nu de Faillissementswet geen uitsluiting geeft over de appellabiliteit van tussenbeschikkingen in de procedure tot faillietverklaring, rijst de vraag of duidelijkheid kan worden verkregen via een (analogische) toepassing van de bepalingen over de verzoekschriftprocedure in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). In art. 362 lid 2 Fw is bepaald dat de derde titel van Boek I Rv niet van toepassing is in procedures op grond van de Faillissementswet, wat dus ook geldt voor de procedure tot faillietverklaring. Strikt genomen lijkt art. 362 lid 2 Fw zich *niet* te verzetten tegen de toepassing van de bepalingen over hoger beroep tegen beschikkingen, omdat die bepalingen sinds 1 januari 2002 in titel zeven – in plaats van in titel drie – van Boek I Rv zijn opgenomen (art. 358-362 Rv). Wij menen evenwel dat er geen rechtvaardiging bestaat voor het maken van een onderscheid in de toepassing van de bepalingen met betrekking tot de eerste aanleg en die inzake het hoger beroep. Onzes inziens geldt de uitsluiting in art. 362 lid 2 Fw in beginsel evenzeer ten aanzien van de commune regels over hoger beroep tegen beschikkingen.⁷⁹ In het eerste deel van dit artikel is echter aan de orde gekomen dat de regels uit titel drie van Boek I Rv volgens de Hoge Raad desalniettemin (naar analogie) kunnen worden toegepast, tenzij de bijzondere aard van de faillissementsprocedure zich daartegen verzet.⁸⁰ Voor de bepalingen over het hoger beroep geldt dan logischerwijze

hetzelfde.⁸¹ Tegen deze achtergrond wordt hierna onderzocht of in de faillissementsprocedure (tussentijds) appel mogelijk is tegen een tussenuitspraak over: (i) de relatieve bevoegdheid van de rechter; (ii) de absolute of internationale bevoegdheid van de rechter; en (iii) de schorsing van het faillissementsverzoek.

In art. 270 lid 3 Rv is bepaald dat tegen een beslissing waarbij een betwisting van de relatieve bevoegdheid wordt verworpen of de zaak naar een andere rechter wordt verwezen, geen hogere voorziening is toegelaten. Op grond van deze bepaling, die onzes inziens niet onverenigbaar is met de faillissementsprocedure, staat ook in de procedure tot faillietverklaring in beginsel géén hoger beroep open tegen een tussenuitspraak over de *relatieve* bevoegdheid van de rechter.⁸²

Iets anders geldt voor een beslissing over de *absolute* of *internationale* bevoegdheid van de rechter, waartegen wel steeds een hogere voorziening is toegelaten, ook in faillissement (vgl. art. 270 lid 3 Rv, laatste zin, Rv). De vraag is evenwel of binnen de kaders van de faillissementsprocedure ruimte bestaat voor *tussentijds* hoger beroep of dat steeds dient te worden gewacht tot de einduitspraak. Reeds in 1938 oordeelde de Hoge Raad – in een zaak waarin het hof een tussenbeschikking had gewezen waarin het een exceptie van onbevoegdheid had verworpen – dat:

“art. 12 Fw, bepalende dat van het arrest van het Gerechtshof gedurende 8 dagen na de uitspraak beroep in cassatie kan worden ingesteld, partijen niet dwingt om in geval het Hof vooraf een beschikking heeft gegeven, welke reeds een uitspraak over een der geschilpunten inhoudt, van die beschikking binnen 8 dagen cassatie aan te tekenen.”⁸³

In die formulering leek besloten te liggen dat de mogelijkheid tot het instellen tussentijds cassatieberoep wel openstond. In 2015 heeft de Hoge Raad dat bevestigd. In het berechte geval had de rechtbank zich onbevoegd verklaard om van het door een schuldeiser ingediende faillissementsverzoek kennis te nemen, omdat de COMI van de schuldenaar niet in Nederland gelegen zou zijn. Het hof had de uitspraak van de rechtbank vernietigd op de grond dat de Nederlandse rechter wel bevoegd was en de zaak teruggewezen naar de rechtbank teneinde op de hoofdzak te beslissen. Daartegen ging de schuldenaar in cassatie, die echter in zijn cassatieberoep niet-ontvankelijk werd verklaard. De Hoge Raad oordeelde dat volgens het toepasselijke art. 426 lid 4 Rv in verbinding met art. 401a Rv beroep in cassatie van deze tussenuitspraak slechts tegelijk met het beroep tegen de einduitspraak kon worden ingesteld, “aangezien het hof niet anders [had] bepaald en de overige in art. 401a Rv vermelde uitzonderingen zich in het onderhavige geval even-

77 Een andere mogelijkheid is dat de rechter in het kader van de behandeling van een faillissementsverzoek waarbij wordt verzocht om de aanstelling van een zogeheten stille bewindvoerder, aan dat verzoek gehoor geeft door bij tussenbeschikking ex art. 194 Rv een deskundige te benoemen; vgl. noot J.J. van Hees onder Rb. Oost-Brabant 10 december 2013, *JOR* 2014/115. Nu deze formele variant van de stille bewindvoering (nagenoeg) niet meer lijkt te worden toegepast en art. 194 lid 2 Rv bovendien bepaalt dat tegen de benoeming van een deskundige geen hogere voorziening openstaat, komt een dergelijke tussenuitspraak in dit artikel verder niet meer aan bod.

78 Zie HR 12 juli 2002, *NJ* 2002/532: “uitsluiting van de in beginsel openstaande mogelijkheid van hoger beroep [moet] – in verband met de daaraan voor een procespartij verbonden nadelige, immers het beroep beperkende, gevolgen – uitdrukkelijk een basis in de wet vinden.” (r.o. 3.2).

79 Zie in deze zin ook conclusie A-G Wesseling-van Gent 2 maart 2007, *ECLI:NL:PHR:2007:BA3413*, nr. 2.15; conclusie A-G Langemeijer 24 mei 2002, *ECLI:NL:PHR:2002:AE3344*, nr. 2.5; A.I.M. van Mierlo, ‘Vernieuwd insolventieprocesrecht’, *WPNR* 2008/6760.

80 Zie Deel I van dit artikel in *Tvl* 2016/33, § IV en V.

81 Vgl. B.J. Engberts 19 maart 2016, ‘Insolventieprocesrecht in de schijnwerpers’, *Tvl* 2016/10, § 5.3.

82 Vgl. HR 1 juli 1993, *NJ* 1993/670 en conclusie A-G Mok voor dit arrest, nr. 2.3.1-2.3.3.

83 Zie HR 7 maart 1938, *NJ* 1938/1043.

min [voordeden]”.⁸⁴ De Hoge Raad acht tussentijds cassatie-beroep dus mogelijk en hetzelfde dient dan te gelden voor het instellen van tussentijds *hoger beroep* op de voet van art. 358 lid 4 Rv, waarbij onzes inziens ook de mogelijkheid bestaat dat die mogelijkheid ná de uitspraak op verzoek van een van de partijen wordt opengesteld. Het appel zal in dat geval wel binnen acht dagen na de tussenuitspraak moeten worden ingesteld, ook indien op het verzoek om tussentijds hoger beroep in te stellen nog geen beslissing van het hof is ontvangen.⁸⁵

In een uitspraak van 17 november 2014 heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden zich gebogen over de vraag of tussentijdsappel kan worden ingesteld tegen de beslissing van de rechtbank tot *schorsing* van de procedure tot faillietverklaring.⁸⁶ In deze zaak was tussentijds appel ingesteld tegen een beslissing van de rechtbank om de behandeling van het faillissementsverzoek te schorsen tot na de beslissing op het verzoek tot toelating tot de schuldsaneringsregeling dat door de schuldenaar tijdens de behandeling van het faillissementsverzoek was gedaan. Het hof oordeelt dat hoger beroep tegen een dergelijke tussenuitspraak openstaat en dat daarmee *niet* tot de einduitspraak behoeft te worden gewacht. Hoewel een tussentijds hoger beroep zich volgens het hof in beginsel slecht verdraagt met de spoedeisende aard van de faillissementsprocedure, geldt naar zijn oordeel in het geval dat tussentijds hoger beroep wordt ingesteld tegen een beslissing over de schorsing van het faillissementsverzoek juist dat een tussentijdse appelmogelijkheid een spoedige afdoening en eindbeslissing in de faillissementsprocedure kan bevorderen.⁸⁷

Appeltermijn

Het hoger beroep kan in alle gevallen gedurende acht dagen na de dag van de uitspraak worden ingesteld. Hetgeen over de consequenties en verschoonbaarheid van een overschrijding van de termijn aan de orde is gekomen in het kader van verzet (zie § 2), geldt evenzeer voor het hoger beroep. Dat betekent dat een termijnoverschrijding in beginsel leidt tot niet-ontvankelijkheid, tenzij sprake is van een apparaatsfout. Is het p-v van de mondelinge behandeling of de tekst van de uitspraak nog niet beschikbaar, dan kan het beroep eventueel pro forma worden ingesteld en kunnen de gronden van beroep later worden geformuleerd.⁸⁸

Inleiding, kennisgeving en verloop van de procedure

Art. 8 lid 4 Fw bepaalt dat het hoger beroep ingesteld op grond van art. 8 Fw geschiedt bij een verzoekschrift (in hoger beroep ook wel aangeduid als: beroepschrift) ingediend ter griffie. Art. 9 lid 3 Fw en art. 11 lid 3 Fw bepalen dat de

instelling en behandeling van het hoger beroep geschiedt op de wijze in art. 4 en 6 Fw voorgeschreven. De verwijzing naar art. 4 Fw impliceert dat het hoger beroep door de *schuldenaar* tegen de afwijzing van een eigen aangifte (art. 9 lid 1 Fw) niet per se bij beroepschrift hoeft te geschieden en dat evenmin tussenkomst van een advocaat vereist is, nu een eigen aangifte in eerste aanleg immers ook niet bij door een advocaat ondertekend verzoekschrift behoeft te worden gedaan.⁸⁹ In het Procesreglement verzoekschriftprocedures handels- en insolventiezaken gerechtshoven is opgenomen welke inhoud het verzoekschrift in hoger beroep moet hebben en op welke wijze het moet worden ingediend (art. 3.1.1-3.2.9). Indiening van een beroepschrift per e-mail is op grond van art. 33 lid 1 Rv jo. art. 3.1.4 van het Procesreglement verzoekschriftprocedures handels- en insolventiezaken gerechtshoven *niet* mogelijk en leidt tot niet-ontvankelijkheid van het beroep.⁹⁰

Het in § 2 besproken kennisgevingsvereiste geldt in hoger beroep slechts voor de *schuldenaar* die op grond van art. 8 Fw hoger beroep instelt. Deze schuldenaar dient uiterlijk op de vierde dag, volgende op die waarop hij zijn verzoek heeft ingediend, van het hoger beroep, alsmede van de tijd voor de behandeling bepaald, bij deurwaardersexploot aan de advocaat die het verzoek tot faillietverklaring heeft ingediend, kennis te geven (art. 8 lid 4 Fw). Is het hoger beroep ingesteld op grond van art. 9 of art. 11 Fw, dan geldt dit kennisgevingsvereiste niet. Voor de gevallen als bedoeld in art. 9 Fw levert dit geen probleem op. Immers, in die gevallen wordt het hoger beroep ingesteld óf (i) door de schuldenaar wiens eigen aangifte is afgewezen, in welk geval alleen die schuldenaar bij de procedure betrokken is (geweest) en er dus geen behoefte bestaat aan het oproepen van anderen; óf (ii) door de oorspronkelijke verzoeker, terwijl in eerste aanleg slechts de schuldenaar nog betrokken was bij de procedure en deze schuldenaar ex art. 9 lid 3 jo. art. 6 lid 1 Fw door de griffie van het hof wordt opgeroepen. De Faillissementswet bevat in dit kader echter een leemte voor het geval hoger beroep wordt ingesteld op grond van art. 11 Fw. In dat geval dient slechts de schuldenaar door de griffie van het hof te worden opgeroepen om te verschijnen (art. 11 lid 3 Fw jo. art. 6 lid 1 Fw). De schuldeiser of belanghebbende wiens verzet is afgewezen en die daarvan in hoger beroep komt (ex art. 11 lid 1 Fw), hoeft geen kennis te geven van zijn appel aan de oorspronkelijk verzoeker van het faillissement. Indien het faillissement op verzoek van een schuldeiser was aangevraagd, kan een dergelijk hoger beroep derhalve geheel buiten deze schuldeiser om worden afgehandeld.⁹¹ Ook de schuldenaar (bij eigen aangifte) of de oorspronkelijk verzoeker die in hoger beroep komt tegen een vernietiging van de faillietverklaring op derdenverzet (ex art. 11 lid 2 Fw), behoeft geen kennis te geven van het hoger beroep aan degene die het derdenverzet had ingesteld. Een en ander lijkt

84 Zie HR 24 april 2015, NJ 2015/219.

85 Zie Asser *Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent* 4 2012/226.

86 Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 17 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8818.

87 Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 17 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8818, r.o. 3.8.

88 Zie Asser *Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent* 4 2012/236. Zie hierover nader § IV, onder “Cassatietermijn en doorlooptijd”.

89 Zie Deel I van dit artikel in *Tvl* 2016/33, § IV. Anders: *Wessels Insolventierecht I*, 4^e druk, 2016/1432; F.P. van Koppen, *GS Faillissementswet*, art. 9 Fw, aant. 8.

90 Zie HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1086 en i.h.b. de conclusie van A-G De Bock voor dit arrest, nr. 2.1-2.19.

91 Zie HR 9 maart 1903, W. 7889.

ons een omissie te zijn,⁹² waaraan het Procesreglement verzoekschriftprocedures handels- en insolventiezaken gerechtshoven evenwel tegemoetkomt. Hierin is bepaald dat:

“[i]ndien hoger beroep wordt ingesteld tegen een vonnis tot faillietverklaring, verzoeker uiterlijk op de vierde dag na de dag waarop het verzoek is ingediend aan de *wederpartij* bij deurwaardersexploot kennis [geeft] van het hoger beroep en van de dag en het uur van de behandeling.”⁹³

De hiervoor genoemde oorspronkelijk verzoeker en degene die derdenverzet had ingesteld, kunnen worden aangemerkt als “wederpartij” en moeten dus op grond van het Procesreglement verzoekschriftprocedures handels- en insolventiezaken gerechtshoven door de appellant in kennis worden gesteld van het hoger beroep en het moment van de behandeling.⁹⁴ Evenals het verzet dient het hoger beroep te worden behandeld op de wijze als in art. 4 Fw voorgeschreven.⁹⁵ Ook in hoger beroep geldt dat – indien er reeds sprake is van een faillissementstoestand – de behandeling in beginsel in het openbaar plaatsvindt. Alleen een hoger beroep op grond van art. 9 lid 1 Fw vindt conform art. 4 lid 1 Fw achter gesloten deuren (“in raadkamer”) plaats, omdat in dat geval niet eerder een faillissement is uitgesproken. In alle andere situaties is er reeds een curator aangesteld. De curator wordt niet opgeroepen voor de zitting, maar ontvangt via de griffie van het hof wel het beroepschrift⁹⁶ en kan als belanghebbende ook schriftelijk of mondeling ‘verweer’ voeren.⁹⁷

Een overzicht van de hiervoor besproken mogelijkheden tot het instellen van hoger beroep en de daarvoor geldende vereisten is opgenomen in afbeelding 2.

Afbeelding 2 – overzicht mogelijkheden tot hoger beroep

Wetsin-gang	Appellant	Situatie	Beroeps-termijn	Kennis-geving
Art. 8 lid 1 Fw	Schulde-naar	In 1 ^e aanleg gehoord en failliet verklaard	8 dagen	Binnen 4 dagen aan adv. die verzoekschrift 1 ^e aanleg heeft ingediend (art. 8 lid 4 Fw)
Art. 8 lid 3 Fw	schulde-naar	Afwijzing verzet ex art. 8 lid 2 Fw tegen faillietverklaring	8 dagen	Binnen 4 dagen aan adv. die verzoekschrift 1 ^e aanleg heeft ingediend (art. 8 lid 4 Fw)
Art. 9 lid 1 Fw	schuldenaar (bij eigen aangifte) of oorspronkelijk verzoeker	In 1 ^e aanleg faillietverklaring afgewezen	8 dagen	geen
Art. 9 lid 2 Fw	oorspronkelijk verzoeker	Vernietiging faillietverklaring op verzet schuldenaar	8 dagen	geen
Art. 11 lid 1 Fw	schuldeiser of belanghebbende die in verzet is gekomen	Afwijzing verzet tegen faillietverklaring ex art. 10 lid 1 Fw	8 dagen	geen
Art. 11 lid 2 Fw	schuldenaar (bij eigen aangifte), oorspronkelijk verzoeker of OM	Vernietiging faillietverklaring op verzet ex art. 10 lid 1 Fw	8 dagen	geen

92 Zie in dezelfde zin Molengraaff-Star Busmann, *De Faillissementswet*, 1951 (vierde druk), p. 109-110. Zie voorts *Wessels Insolventierecht I*, 4^e druk, 2016/1390.

93 Zie Procesreglement verzoekschriftprocedures handels- en insolventiezaken gerechtshoven, art. 3.2.8.

94 Het verdient opmerking dat het Procesreglement verzoekschriftprocedures handels- en insolventiezaken gerechtshoven in dit verband rept van een “hoger beroep [...] ingesteld tegen een *vonnis tot faillietverklaring*” (cursivering *TTvZ* en *IMAL*). Strikt genomen kan worden betoogd dat er bij een hoger beroep op grond van art. 11 lid 1 en art. 11 lid 2 Fw geen sprake is van een hoger beroep tegen een *vonnis tot faillietverklaring*. In geval van een hoger beroep op grond van art. 11 lid 1 Fw is slechts sprake van de afwijzing van het derdenverzet en in geval van art. 11 lid 2 Fw is een eerdere faillietverklaring juist vernietigd. Het ligt echter in de rede dat de betreffende bepaling uit het Procesreglement verzoekschriftprocedures handels- en insolventiezaken gerechtshoven niet zo eng moet worden geïnterpreteerd.

95 Zie art. 8 lid 6 Fw, art. 9 lid 3 en art. 11 lid 3 Fw. Zie voorts art. 3.3.1-3.4.6 van het Procesreglement verzoekschriftprocedures handels- en insolventiezaken gerechtshoven.

96 Zie Procesreglement verzoekschriftprocedures handels- en insolventiezaken gerechtshoven, art. 3.2.2 jo. art. 3.1.2.

97 Zie Procesreglement verzoekschriftprocedures handels- en insolventiezaken gerechtshoven, art. 3.3.1 en 3.3.5 jo. art. 3.1.2.

Kennisgeving door de griffier

Indien het hoger beroep is gericht tegen een vernietiging van de faillietverklaring ten gevolge van verzet, dient de griffier van het hof kennis te geven van het hoger beroep aan de griffier van de rechtbank die de vernietiging heeft uitgesproken (art. 9 lid 2 Fw en art. 11 lid 2 Fw). Die kennisgeving vindt plaats met het oog op de toepassing van art. 15 Fw, op grond waarvan de griffier van de rechtbank die de vernietiging van de faillietverklaring heeft uitgesproken ná het verstrijken van de appeltermijn gehouden is de curator en de postvervoerbedrijven van haar uitspraak op de hoogte te stellen. De gedachte daarachter is dat op dat moment – dat wil zeggen: met het in kracht van gewijsde gaan van de uitspraak van de rechtbank – de curator zijn bevoegdheden tot beheer en beschikking (art. 68 Fw) verliest en het postvervoerbedrijf is ontslagen van de in art. 99 lid 1 Fw vervatte verplichting om voor de gefailleerde bestemde post aan de curator af te geven. Nu de gehoudenheid van de rechtbank terstond met het verstrijken van de appeltermijn ingaat en hoger beroep vaak pas op de laatste dag van de termijn – zeker indien deze kort is – wordt ingesteld, valt te verklaren dat in art. 9 lid 2 Fw is bepaald dat de griffier van het hof de kennisgeving aan de rechtbank “onverwijld” moet doen.

Rechterlijke toetsing en de uitspraak

De appelrechter is niet gehouden om ambtshalve te toetsen of de rechter in eerste aanleg op grond van art. 2 Fw bevoegd was.⁹⁸

Het hof dient zijn beslissing te baseren op de feiten en omstandigheden ten tijde van zijn uitspraak en dus naar dat moment (*ex nunc*) te beoordelen of aan de vereisten voor faillietverklaring is voldaan. Op dit uitgangspunt is evenwel een nuancering aanvaard voor het geval waarin in appel blijkt dat het vorderingsrecht van de aanvrager inmiddels niet meer bestaat, terwijl dat ten tijde van de faillietverklaring in eerste aanleg (eventueel na verzet) nog wel het geval was.⁹⁹ Ondanks dat de vordering na de faillietverklaring is voldaan – en de appelrechter op grond van de *ex nunc* beoordeling in beginsel de vernietiging van het faillissementsvonnissen zou moeten uitspreken omdat niet aan één van de voorwaarden voor faillietverklaring (*i.e.* het bestaan van een vorderingsrecht van de aanvrager) is voldaan – betekent dit toch niet zonder meer dat het faillissement moet worden vernietigd. De appelrechter dient zelfstandig te beoordelen of de schuldenaar (nog) in een toestand verkeert van te hebben opgehouden te betalen.¹⁰⁰ Dit houdt verband met de ge-

dachte dat, indien op een daartoe strekkende aanvraag een faillissement is uitgesproken, de daarmee ingetreden toestand van faillissement de rechtspositie van *alle* schuldeisers bepaalt.¹⁰¹ Tegen die achtergrond is ook begrijpelijk dat een in eerste aanleg uitgesproken faillissement niet wordt vernietigd in appel op de enkele grond dat de oorspronkelijke aanvrager van het faillissement in hoger beroep verklaart dat hij zijn aanvraag intrekt.¹⁰²

Opmerkelijk is dat de Hoge Raad in het arrest *HSK/Bosma* overweegt dat de toepassing van de nuancering op de *ex nunc*-toetsing in appel is “beperkt tot het geval dat de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard nadat hij op de aanvraag tot faillietverklaring is gehoord, en hij vervolgens daartegen op de voet van art. 8 lid 1 Fw (tijdig) hoger beroep instelt.”¹⁰³ (curs. *TTvZ* en *IMAL*). Het lijkt erop alsof de Hoge Raad de nuancering slechts accepteert voor de situatie waarin hoger beroep is ingesteld op grond van art. 8 lid 1 Fw, maar onzes inziens kan dat niet de bedoeling zijn. Wij zien geen reden om aan te nemen dat de nuancering niet ook geldt in andere gevallen waarin hoger beroep wordt ingesteld, terwijl de faillissementstoestand reeds is ingetreden. Indien men bedenkt dat de faillissementstoestand pas eindigt nadat de uitspraak waarbij het vonnis van faillietverklaring is vernietigd in kracht van gewijsde is gegaan (zie art. 13 in samenhang met art. 15 Fw), dient de nuancering op de *ex nunc*-toetsing ook te gelden bij een appelprocedure op grond van art. 8 lid 3 Fw, art. 9 lid 2 Fw, art. 11 lid 1 en art. 11 lid 2 Fw, uiteraard tenzij de faillietverklaring is uitgesproken op eigen aangifte.

Evenals in verzet geldt dat de appelrechter een kostenveroordeling *kan* uitspreken (art. 362 jo. art. 289 Rv) en dat – indien een faillietverklaring in hoger beroep wordt vernietigd – toepassing wordt gegeven aan art. 15 lid 3 Fw.

IV. Cassatie

Op grond van art. 12 Fw staat cassatieberoep open tegen *alle* door het hof krachtens de daaraan voorafgaande artikelen gegeven uitspraken.¹⁰⁴ Dat geldt dus niet alleen in gevallen waarin sprake is van een *arrest*, zoals de tekst van art. 12 lid 1 Fw suggereert, maar ook indien sprake is van een *beschikking*, waarin het hof de afwijzende beschikking van de rechtbank heeft bekrachtigd.¹⁰⁵ Het woord “beschikking” dient in voorkomende gevallen dus in art. 12 lid 1 Fw te worden ingelezen. Nu sprake is van een verzoekschriftprocedure en het wijzen van een beschikking anno 2016 met evenzoveel waarborgen is omkleed als het wijzen van een vonnis of arrest, zou onzes inziens nog beter zijn om over de gehele linie steeds te spreken van een *beschikking*.¹⁰⁶

98 Zie HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1125, in samenhang met de conclusie van A-G Strikwerda vóór dit arrest, nr. 5.

99 Indien het vorderingsrecht van de aanvrager al niet bestond ten tijde van de faillietverklaring in eerste aanleg, dan is het faillissement niet bevoegdlijk uitgelokt en leidt dat in hoger beroep tot vernietiging van de faillietverklaring; zie HR 10 december 1954, *NJ* 1955/538; HR 22 augustus 1996, *NJ* 1997/664 (*S./Amsterdam RAI*).

100 Zie HR 4 november 1949, *NJ* 1950/17, m.nt. Ph.A.N. Houwing. De appelrechter is derhalve niet gebonden aan de standpunten van de aanvrager en de schuldenaar over het bestaan van de vordering van de aanvrager; zie HR 10 november 2006, *NJ* 2006/610 (*Hesco/Freudenberg*). Zie voor een recent voorbeeld van de toepassing van deze nuancering in hoger beroep: Hof Amsterdam 2 augustus 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3339.

101 Zie HR 4 november 1949, *NJ* 1950/17, m.nt. Ph.A.N. Houwing; HR 27 januari 1950, *NJ* 1950/267 en HR 7 februari 1958, *NJ* 1958/202.

102 Zie HR 27 januari 1950, *NJ* 1950/267; HR 7 februari 1958, *NJ* 1958/202 (*Jenissen*).

103 Zie HR 5 juni 2015, *NJ* 2015/320, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*HSK/Bosma*), r.o. 3.3.4.

104 In § 3 kwam reeds aan de orde dat onder omstandigheden ook tussentijds cassatieberoep kan worden ingesteld tegen een tussenuitspraak.

105 Zie HR 19 mei 1978, *NJ* 1978/528, m.nt. B. Wachter.

106 Zie ook Deel I van dit artikel in *Tvl* 2016/33, § VII.

Dat vergt evenwel een meer fundamentele wijziging van het wettelijk systeem, waarin de *Wet modernisering faillissementsprocedure* in elk geval (vooralsnog) niet voorziet.¹⁰⁷

Verzoeker

Het beroep in cassatie kan – al naargelang de omstandigheden van het geval – worden ingesteld door verschillende partijen: (i) de schuldenaar wiens hoger beroep tegen de faillietverklaring of tegen de afwijzing van de eigen aangifte is afgewezen; (ii) de schuldeiser die de faillietverklaring heeft verzocht; (iii) de in art. 10 Fw bedoelde schuldeiser of belanghebbende; of (iv) het OM.

Voor de sub (iii) bedoelde partijen geldt dat zij alleen dan ontvankelijk zijn in hun cassatieberoep indien zij *eerst* verzet hebben ingesteld.¹⁰⁸ In gevallen waarin het instellen van verzet niet mogelijk is, omdat het hof het vonnis van de rechtbank heeft bekrachtigd en arrest zelf daarmee geen faillietverklaring inhoudt (zie § 2), betekent dit dat voor de schuldeiser of belanghebbende in kwestie geen enkel rechtsmiddel meer beschikbaar is.¹⁰⁹ Het feit dat in hoger beroep door een schuldeiser of belanghebbende een verweerschrift is ingediend, betekent naar het oordeel van de Hoge Raad niet dat deze daarmee partij is geworden in het hoger beroep en uit dien hoofde op de voet van art. 12 Fw in cassatie kan komen.¹¹⁰ Dit impliceert een afwijking van art. 426 lid 1 Rv en de in dat kader gewezen jurisprudentie,¹¹¹ op grond waarvan geldt dat een belanghebbende in de vorige instantie is verschenen en daarmee ex art. 426 lid 1 Rv de mogelijkheid heeft om cassatieberoep in te stellen, indien hij hetzij krachtens wettelijk voorschrift, hetzij met toestemming van de rechter een verweerschrift heeft ingediend dan wel is gehoord. De hiervoor genoemde beperkingen in de mogelijkheid om op de voet van art. 12 Fw cassatieberoep in te stellen, zijn door de Hoge Raad aangelegd met een beroep op het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in de Faillissementswet (zie ook § 1).

Cassatietermijn en doorlooptijd

De termijn voor het instellen van cassatieberoep bedraagt acht dagen en gaat blijkens art. 12 lid 1 Fw lopen op de dag *na* de dag van de uitspraak van het hof.¹¹² De termijn is dus gelijk aan de termijn voor het instellen van hoger beroep (zie § 3), wat wederom een afwijking inhoudt van het commune procesrecht. Dat bepaalt immers in art. 426 lid 2 Rv dat in gevallen waarin de wet voor het hoger beroep een kortere termijn voorschrijft dan de standaardtermijn van drie maanden, de cassatietermijn steeds het dubbele van de termijn voor hoger beroep bedraagt. De reden waarom de

wetgever voor een zo korte cassatietermijn heeft geopteerd, is dezelfde als de reden waarom hij zo korte termijnen voor verzet en hoger beroep hanteert; in verband met het ingrijpende karakter van het faillissement dient geen langdurige onzekerheid te bestaan.¹¹³ De gehele rechtsgang is er daarom op gericht om “eene spoedige afdoening en eindbeslissing ook bij de hogere colleges te verzekeren”.¹¹⁴ De Hoge Raad heeft die gedachte in het arrest *Zuijderwijk/NMB* nog eens onderstreept. Hij overwoog dat de regeling van rechtsmiddelen in de procedure tot faillietverklaring:

“in verband met de rechtszekerheid en de behoeften van het rechtsverkeer [is] gericht op een snelle berechting en beslissing met betrekking tot de faillietverklaring, die ook voor anderen dan pp. verstreckende gevolgen heeft, en stelt daartoe [...] korte termijnen, die ingaan op de dag na de uitspraak waartegen het rechtsmiddel zich richt.”¹¹⁵

Door de korte cassatietermijn wordt de cassatieadvocaat in de regel voor een niet geringe uitdaging geplaatst. Zodra het dossier op zijn bureau belandt, zijn doorgaans al enkele dagen verstreken. Voor overdenking is nauwelijks tijd, laat staan voor een uitgebreid cassatieadvies. Overschrijding van de termijn leidt in beginsel tot niet-ontvankelijkheid en de Hoge Raad is in dit opzicht traditioneel streng in de leer,¹¹⁶ zij het dat de laatste decennia wel enige soepelheid valt waar te nemen waar het de verschoonbaarheid van een termijnoverschrijding betreft (zie § 2). Is het proces-verbaal van de mondelinge behandeling bij het hof of de tekst van de bestreden uitspraak van het hof niet tijdig beschikbaar, dan kan de cassatieadvocaat van de verzoeker, indien hij hiertoe in het verzoekschrift een voorbehoud heeft gemaakt en de inhoud van het alsnog beschikbaar gekomen document daartoe aanleiding geeft, met bekwame spoed – dat wil zeggen: binnen acht dagen¹¹⁷ – een aanvullend verzoekschrift indienen.¹¹⁸

Een snelle berechting en beslissing met betrekking tot de faillietverklaring in cassatie impliceert niet alleen dat van de betrokken partijen wordt gevergd dat zij op zeer korte termijn cassatieberoep instellen, maar ook dat de procedure door parket en Hoge Raad met voortvarendheid wordt behandeld. Hiermee strookt dat de faillissementsprocedure in het Reglement rekestzaken is aangemerkt als een procedure die naar zijn aard een spoedbehandeling behoeft, wat impliceert dat de procureur-generaal “zo spoedig mogelijk” zal concluderen en de Hoge Raad vervolgens “zo spoedig mogelijk” uitspraak zal doen.¹¹⁹ De praktijk is echter dat de doorlooptijd van faillissementszaken weliswaar aanzienlijk korter is dan die van een

107 De consultatieversie van het wetsvoorstel met toelichting is raadpleegbaar via www.overheid.nl.

108 Zie HR 12 september 2003, NJ 2003/694 (*Buskens/Aerts q.q.*).

109 Zie HR 20 april 2007, NJ 2007/243 (*Pick & Pack/Unique Logistics*).

110 Zie HR 14 december 2007, NJ 2008/6 (*GIN/Qnow*).

111 Zie HR 1 mei 1981, NJ 1981/604, m.nt. B. Wachter; HR 18 december 1987, NJ 1988/372; HR 6 november 1998, NJ 1999/117 (*Faillissement Boer Vleesbedrijf, Friesland Bank/Kroeze*); HR 11 juni 2004, NJ 2007/46.

112 Zie ook: W.D.H. Asser, *Civiele cassatie*, 2^e druk, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 76. Anders: *Wessels Insolventierecht I* 2016/1392, die verdedigt dat de termijn steeds begint te lopen op de dag van de uitspraak.

113 Zie Antwoord der Regeering, *Van der Feltz I*, p. 319, waarin nadrukkelijk wordt verwezen naar de toelichting bij de artikelen 8-10 Fw (zie p. 282-283 en p. 295-297).

114 Zie MvT, *Van der Feltz I*, p. 283.

115 Zie HR 9 december 1983, NJ 1984/384, m.nt. W.H. Heemskerck.

116 Zie bijvoorbeeld HR 8 juli 1987, NJ 1988/105 (*Faillissement Brummer*).

117 Zie HR 23 december 2005, NJ 2006/31.

118 Zie art. 4 Reglement rekestzaken van de civiele kamer van de Hoge Raad der Nederlanden (per 1 juli 2012).

119 Zie art. 16 Reglement rekestzaken van de civiele kamer van de Hoge Raad der Nederlanden (per 1 juli 2012).

'gewone' cassatieprocedure, maar gemiddeld nog altijd circa vier tot zes maanden bedraagt (en soms nog langer), met alle risico's en onzekerheden van dien. Is het cassatieberoep gericht tegen een afwijzing van het verzoek tot faillietverklaring, dan bestaat het risico dat het vermogen van de schuldenaar verder wordt uitgehold. Is het faillissement in eerste instantie uitgesproken, maar vervolgens in hoger beroep vernietigd, dan geldt dat de faillissementstoestand weliswaar voortduurt zolang het arrest van het hof niet in kracht van gewijsde is gegaan, maar gelet op de onzekerheid of die toestand gehandhaafd zal blijven, dient de curator in dat geval terughoudend van zijn bevoegdheden gebruik te maken.¹²⁰ Het is onzes inziens voor alle betrokken partijen van groot belang dat die 'sluimerfaillissementstoestand' – waarin de curator dus alleen de hoognodige verrichtingen kan doen – in voorkomende gevallen zo spoedig mogelijk tot een einde komt.

Inleiding, kennisgeving en verloop van de procedure

In art. 12 lid 2 Fw is bepaald dat het cassatieberoep wordt "aangebracht en behandeld op de wijze bij de artikelen 4, 6 en 8 bepaald". Die procedurele gelijkenschakeling met de feitelijke instanties heeft een aantal consequenties.

In de *eerste* plaats betekent dit dat het cassatieberoep ahangig wordt gemaakt doordat een verzoekschrift ter griffie wordt ingediend. Dat verzoekschrift dient in cassatie te zijn ondertekend door een advocaat bij de Hoge Raad.¹²¹ Gelet op de verwijzing naar art. 4 Fw lijkt strikt genomen een uitzondering te gelden voor het geval waarin het cassatieberoep wordt ingesteld door de *schuldenaar* tegen de bekrachtiging door het hof van de afwijzing van de eigen aangifte en ook voor het geval dat het OM in cassatie komt.¹²² Met name in het eerstbedoelde – toegegeven: exotische – geval komt ons dat bepaald onwenselijk voor, in het licht van de beperkingen van de cassatietoetsing, waarmee de schuldenaar in de regel niet bekend zal zijn.

In de *tweede* plaats leidt de regeling van art. 12 lid 2 Fw tot de toepasselijkheid van het kennisgevingsvereiste van art. 8 lid 4 Fw in cassatie, welke eis – zoals aan de orde kwam in § 2 – zijn langste tijd wel heeft gehad.¹²³ Daar komt nog bij dat de toepasselijkheid van de regeling van art. 8 lid 4 Fw in cassatie vragen oproept. In het bijzonder is de vraag of in het geval dat de *aanvrager* van het faillissement cassatieberoep instelt tegen de vernietiging van het vonnis van faillietverklaring in hoger beroep, ook op die aanvrager de verplichting tot kennisgeving en daarmee tot oproeping van de schuldenaar rust. Ynzonides beantwoordt die vraag bevestigend.¹²⁴ Wij menen dat vanuit wetssystematisch oogpunt een ontkennende beantwoording in de

rede ligt. De tekst van art. 8 lid 4 Fw verplicht (alleen) de *schuldenaar* die appelleert van een tegen hem uitgesproken faillietverklaring tot kennisgeving aan de advocaat van de schuldeiser die de faillietverklaring heeft uitgelokt, welke kennisgeving op grond van art. 8 lid 5 dan tevens als oproeping van die *schuldeiser* kwalificeert. De regeling van art. 9 Fw legt geen dienovereenkomstige verplichting op die appellerende *schuldeiser*. Bij die stand van zaken valt niet in te zien dat art. 12 lid 2 Fw, dat voor het geding in cassatie toepassing van dezelfde procesregels als in eerste aanleg en in appel voorschrijft, zo zou moeten worden begrepen dat de verplichting tot oproeping daar – in afwijking van het uit art. 8 en 9 Fw blijkende systeem – wel zou gelden voor de aanvrager.¹²⁵ De praktijk is echter dat ook de aanvrager de schuldenaar (zekerheidshalve) bij exploit voor de mondelinge behandeling oproept, al dan op aansporing van de griffie van de Hoge Raad.¹²⁶

In de *derde* plaats impliceert de regeling van art. 12 lid 2 Fw dat voor de vraag of de behandeling in cassatie plaatsvindt in raadkamer of in het openbaar, hetzelfde regime geldt als voor de behandeling van het verzet (§ 2) en het hoger beroep (§ 3). Dit betekent dat indien het faillissement niet is uitgesproken, de behandeling in *raadkamer* plaatsvindt, tenzij de schuldenaar een openbare behandeling wenst.¹²⁷ Is het faillissement wel uitgesproken, dan is een *openbare* behandeling regel, tenzij één van de partijen behandeling in raadkamer verzoekt en de ander zich daartegen niet op deugdelijke gronden verzet.¹²⁸ In cassatie is de praktijk echter geheel anders. Hoewel steeds dag en tijdstip voor mondelinge behandeling worden bepaald en daarvoor ook een formele oproeping plaatsvindt, vindt die mondelinge behandeling vervolgens in de regel *niet* plaats, maar wordt in plaats daarvan volstaan met reguliere schriftelijke toelichtingen, eventueel gevolgd door een korte re- en dupliek. Deze gang van zaken is buitengewoon omslachtig, terwijl bovendien een wettelijke basis ontbreekt. De Faillissementswet voorziet evenmin in de mogelijkheid voor de verweerder om zijnerzijds incidenteel cassatieberoep in te stellen. In het arrest *APH/Söderqvist* is echter uitgemaakt dat de algemene regeling van art. 427 Rv – waarin die mogelijkheid voor de verweerder in cassatie is vervat – in de faillissementsprocedure voor analogische toepassing in aanmerking komt.¹²⁹ Ook overigens wordt in het kader van de procedure tot faillietverklaring in cassatie in beginsel aangesloten bij de algemene regels vervat in art. 426-429 Rv en het Reglement rekestzaken. Dat betekent onder (veel) meer dat het cassatierekest de middelen dient te bevatten en dat de daarin naar voren gebrachte klachten dienen te voldoen aan de eisen van art. 426 lid 2 Rv.¹³⁰

120 Zie HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2577.

121 Zie art. 5 lid 1 Fw in verbinding met art. 426 lid 1 Rv.

122 Zie *Wessels Insolventierecht I* 2016/1438.

123 Niet-naleving van het voorschrift van art. 8 lid 4 Fw leidt ook in cassatie, tenzij het verzuim is gedekt, tot niet-ontvankelijkheid, met dien verstande dat de Hoge Raad in een voorkomend geval de gelegenheid kan bieden het verzuim te herstellen. Aanspraak daarop heeft de verzoeker evenwel niet; zie HR 15 juli 1985, NJ 1986/210, m.nt. W.C.L. van der Grinten, r.o. 3.2.

124 Zie M. Ynzonides, 'Faillissements- versus burgerlijk procesrecht', *Tvl* 2004/special, p. 303.

125 In dezelfde zin: A-G Huydecoper, ECLI:NL:PHR:2004:AO1995; A-G Strikwerda, ECLI:NL:PHR:2007:BA2925.

126 Zie de gevallen genoemd in de vorige voetnoot.

127 Zie HR 26 juni 1981, NJ 1982/450, m.nt. E.A. Alkema en J.M.M. Maeijer (*Aken/Savelberg Electro*).

128 Zie HR 20 mei 1988, NJ 1989/676, m.nt. E.A. Alkema en J.M.M. Maeijer (*Koster/curator Kobo*).

129 Zie HR 27 januari 1995, NJ 1995/579, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Adjuncten Properties/Söderqvist*).

130 Vgl. A-G Strikwerda, ECLI:NL:PHR:2005:AU2864.

Een en ander leidt tot de constatering dat de summiere wettelijke regeling van de faillissementsprocedure in cassatie – meer nog dan die in feitelijke instanties – niet langer aansluit bij de eisen van de huidige tijd. Met die constatering strookt dat in het *Wetsvoorstel modernisering faillissementsprocedure* ook de regeling van art. 12 lid 2 Fw op de schop wordt genomen. De bewoordingen “op de wijze bij de artikelen 4, 6 en 8 bepaald” worden daarin vervangen door de zinsnede “op de wijze bepaald in de artikelen 426 tot en met 429 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering”.¹³¹ Het commune procesrecht gaat dan in zoverre dus ook gelden voor de procedure tot faillietverklaring in cassatie. Dat is winst. Het archaïsche kennisgevingsvereiste komt te vervallen, de oproeping wordt ‘gewoon’ verzorgd door de griffie en het processuele debat in cassatie volgt het gebruikelijke stramien, met dien verstande dat gelet op de aard van de procedure een spoedbehandeling aangewezen blijft. Men zij erop bedacht dat de toepasselijkheid van art. 426-429 Rv alleen de aanbrenging en de behandeling van de procedure betreft. De regeling van art. 12 lid 1 Fw wordt *niet* gewijzigd, wat onzes inziens een gemiste kans is, omdat de ultrakorte cassatietermijn daarmee gehandhaafd blijft. Beter zou zijn de cassatieadvocaat hier iets meer lucht te geven, bijvoorbeeld een termijn van twee weken, zoals ook in het voorontwerp Insolventiewet was voorgesteld. Naar wij aannemen zal het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in de Faillissementswet er ook onder vigeur van de nieuwe wetgeving aan in de weg staan dat cassatieberoep wordt ingesteld door partijen die weliswaar in de vorige instantie zijn verschenen als bedoeld in art. 426 lid 1 Rv, maar niet worden genoemd in art. 12 lid 1 Fw. Een overzicht van de hiervoor besproken mogelijkheden tot het instellen van cassatieberoep en de daarvoor geldende vereisten is opgenomen in afbeelding 3.

Afbeelding 3 – overzicht mogelijkheden tot cassatie

Wetsin-gang	Verzoeker	Situatie	Cassatie-termijn	Kennisgeving
Art. 12 lid 1 Fw	Schuldenaar, oorspronkelijk verzoeker, de in art. 10 Fw bedoelde schuldeiser of belanghebbende en het OM	Hof heeft uitspraak gedaan	8 dagen	Binnen 4 dagen aan adv. die verzoekschrift 1 ^e aanleg heeft ingediend (art. 12 lid 2 Fw jo. art. 8 lid 4 Fw)

Kennisgeving door de griffier

Art. 12 lid 3 Fw bevat een regeling die vergelijkbaar is met die van art. 9 lid 2 Fw (waarover § 3). Indien het cassatieberoep is gericht tegen een arrest waarin het vonnis van faillietverklaring is vernietigd, dient de griffier van de Hoge Raad van het verzoek tot cassatie onverwijld kennis te geven aan de griffier van het hof dat de vernietiging heeft uitgesproken.

De cassatietoetsing en de uitspraak

Op de eigenaardigheden van de cassatietoetsing kunnen wij op deze plaats vanzelfsprekend niet diep ingaan. In het algemeen kan worden gezegd dat die toetsing wezenlijk verschilt van de beoordeling door het hof in appel. De Hoge Raad beoordeelt niet zozeer de zaak, maar de uitspraak van het hof. In essentie komt die beoordeling erop neer dat aan de hand van het cassatiemiddel wordt onderzocht of het oordeel van het hof rechtens juist is en voldoende begrijpelijk is gemotiveerd. De Hoge Raad kan zelf geen feitelijke vaststellingen doen en beoordeelt die vaststellingen in de uitspraak van het hof dan ook niet op hun juistheid (art. 419 Rv), maar slechts op begrijpelijkheid aan de hand van de motivering. Uit het een en ander volgt dat voor een beoordeling *ex nunc*, zoals in appel (en in de procedure na cassatie en verwijzing; zie § V hierna), in cassatie geen plaats is. Indien de Hoge Raad het cassatieberoep verwerpt, komt de procedure daarmee definitief tot een einde. In geval van een gehele of gedeeltelijke gegrondbevinding van het beroep, wordt de bestreden uitspraak in zoverre vernietigd. Dient na de vernietiging alleen nog te worden geoordeeld over een rechtsvraag of over een feitelijke vraag van ondergeschikte aard, dan is denkbaar dat de Hoge Raad de zaak zelf afdoet.¹³² In de regel vindt evenwel verwijzing plaats, omdat nog nader feitelijk onderzoek nodig is. De zaak wordt dan terugverwezen naar het hof of – meer gebruikelijk – doorverwezen naar een ander hof.¹³³ Een aardig inzicht in de in dit kader te maken afwegingen biedt de conclusie van A-G Van Peurseem voorafgaand aan het arrest *HH/Unitco* uit 2014.¹³⁴ In deze zaak casseerde de Hoge Raad het arrest van het hof (onder meer) op de grond dat het hof ten onrechte het bestaan van bepaalde steunvorderingen had aangenomen. In de feitelijke instanties was door aanvrager Unitco evenwel nog een andere steunvordering opgevoerd, waarover door partijen in hoger beroep was gedebatteerd, maar waaromtrent het hof niets had vastgesteld. In zijn conclusie ging A-G Van Peurseem uitvoerig in op de vraag of de Hoge Raad de zaak na vernietiging zelf zou kunnen afdoen, door het bestaan van de desbetreffende steunvordering vast te stellen, daarbij opmerkend geen faillissementszaak te hebben aangetroffen waarin de Hoge Raad zelf een dergelijke vaststelling heeft gedaan. Hij concludeerde uiteindelijk dat dit ook in het voorliggende geval een brug te ver zou zijn,

¹³² Zie art. 420-422 Rv.

¹³³ De praktijk wijkt daarmee af van het wettelijk systeem, dat ervan uitgaat dat als regel wordt terugverwezen, tenzij er aanleiding is voor een doorverwijzing (art. 422a Rv).

¹³⁴ Zie de conclusie vóór HR 17 januari 2014, *NJ* 2014/61, met red. aant. (*Unitco*), nr. 2.10-2.14.

¹³¹ De consultatieversie van het wetsvoorstel met toelichting is raadpleegbaar via www.overheid.nl.

omdat over het bestaan van die steunvordering nog nader debat diende plaats te vinden. De Hoge Raad overwoog vervolgens uitdrukkelijk dat na verwijzing die steunvordering alsnog aan de orde diende te komen.¹³⁵

Ingeval het faillissement in cassatie wordt vernietigd, is ook de Hoge Raad op grond van art. 15 lid 3 Fw gehouden om het bedrag van de faillissementskosten en het salaris van de curator vast te stellen en dit bedrag ten laste te brengen van de aanvrager, de schuldenaar of van beide in een door de Hoge Raad te bepalen verhouding. Deze bepaling lijkt uit te gaan van het geval waarin de vernietiging van het faillissement *definitief* is.¹³⁶ In het verlengde daarvan overwoog de Hoge Raad in de zaak *X/NMB* dat bij dit voorschrift kennelijk niet is gedacht aan een vernietiging in cassatie met *verwijzing* van de zaak ter verdere behandeling en beslissing. Hij vond daarin aanleiding om te bepalen dat het vast te stellen bedrag ten laste van de aanvrager zou komen indien de uitspraak van de rechtbank waarbij haar verzoek tot faillietverklaring werd afgewezen, in stand zou blijven, maar ten laste van de schuldenaar indien hij na verwijzing opnieuw in staat van faillissement zou worden verklaard. Opmerkelijk is dat de Hoge Raad daaraan toevoegde dat in dit laatste geval ter bescherming van de belangen van de curator in het faillissement waarop de vernietiging door de Hoge Raad betrekking heeft, de vorderingen ter zake van deze bedragen “in het nieuw uitgesproken faillissement” als *boedelschuld* geldend kunnen worden gemaakt.¹³⁷ Op de consequenties van deze tournure komen wij in de volgende paragraaf terug.

Indien de faillietverklaring voor het eerst in cassatie wordt uitgesproken, met vernietiging van een arrest waarbij de aangifte of aanvraag tot faillietverklaring werd afgewezen, dient de griffier van de Hoge Raad op grond van art. 15a Fw kennis te geven van het arrest van de Hoge Raad aan de griffier van de rechtbank waarbij de aangifte of aanvraag is ingediend, zodat de faillietverklaring kan worden ingeschreven in het in art. 19 Fw bedoelde register.

Ook in cassatie is mogelijk dat een kostenveroordeling wordt uitgesproken, welke beslissing geheel aan het beleid van de Hoge Raad is overgelaten (art. 429 lid 3 Rv).¹³⁸

V. De procedure na cassatie en verwijzing

Indien de Hoge Raad de zaak na cassatie verwijst, dient het hof waarnaar de zaak wordt verwezen de behandeling daarvan voort te zetten met inachtneming van de uitspraak van de Hoge Raad (art. 424 Rv). In zijn algemeenheid geldt dat de rechter naar wie de zaak wordt verwezen niet zonder meer vrij is om de zaak geheel opnieuw te beoordelen. Het cassatieberoep heeft slechts partiële werking, wat betekent dat de verwijzingsrechter in beginsel gebonden is aan alle beslissingen in de gecasseerde uitspraak die in cassatie niet of tevergeefs zijn bestreden. Daarnaast geldt dat geen sprake is van een nieuwe instantie, maar van een voortzet-

ting van de onvoltooide appelinstantie, wat impliceert dat de zaak moet worden behandeld in de stand waarin zij zich bevond op het moment waarop de gecasseerde uitspraak werd gewezen. Dit laatste brengt mee dat in de regel geen ruimte meer bestaat voor het aanvoeren van nieuwe feiten of nieuw bewijs.¹³⁹

De aard van de procedure tot faillietverklaring brengt evenwel mee dat in dit opzicht een minder streng regime geldt.¹⁴⁰ In een zaak waarin een schuldenaar klaagde door het hof na cassatie en verwijzing alsnog failliet te zijn verklaard op basis van feiten die voor het eerst bij de voortgezette behandeling na verwijzing aan het licht waren gekomen, oordeelde de Hoge Raad:

“dat toch de vrijheid welke den rechter bij de behandeling van een faillissementsaanvraag ten aanzien van de wijze van instructie van de zaak toekomt, meebrengt dat hij ook in den stand waarin de zaak na vernietiging van de uitspraak door den Hogen Raad en verwijzing wordt teruggebracht, bij de voortgezette behandeling de zaak opnieuw kan instrueren – evenals de rechter die de vernietigde uitspraak wees, dit in elke stand van de behandeling had kunnen doen – en daarbij ook op nieuwe feitelijke beweringen van de aanvragers of van anderen al naar hem goedgevoelt acht kan slaan.”¹⁴¹

Het verwijzingshof heeft in faillissementszaken dus de ruimte om zijn oordeel steeds te doen steunen op de actuele feiten ten tijde van de uitspraak.

Een andere categorie waarin de aard van de procedure de hantering van een soepeler regime na cassatie en verwijzing dicteert betreft alimentatiezaken. In een alimentatiezaak uit 1998 oordeelde de Hoge Raad dat de rechter na verwijzing een alimentatiegeschil in volle omvang opnieuw heeft te beoordelen en zich daarbij dient te baseren op alle op dat moment bestaande en ter zake dienende omstandigheden van het geval. Daarbij past volgens de Hoge Raad niet dat hij gebonden zou zijn aan een in het in cassatie vernietigde arrest gegeven oordeel over de duur van de alimentatie, waartegen geen cassatiemiddel was gericht.¹⁴² Een dergelijke beslissing heeft de Hoge Raad tot op heden voor de faillissementsprocedure nog niet genomen. In de literatuur wordt evenwel verdedigd – en onzes inziens op goede gronden – dat de regel dat de verwijzingsrechter is gebonden aan de in de vernietigde uitspraak neergelegde beslissingen die in cassatie niet of tevergeefs zijn bestreden, ook uitzondering dient te lijden in een procedure tot faillietverklaring. De ingrijpende aard van faillietverklaring maakt dat het be-

135 Zie r.o. 3.3.3.

136 Vgl. MvT, *Van der Feltz I*, p. 327.

137 Zie HR 11 juni 1982, *NJ* 1983/11, m.nt. B. Wachter (*X/NMB*).

138 Zie nader *Wessels Insolventierecht I* 2016/1463.

139 Zie nader over de eigenaardigheden van de procedure na cassatie en verwijzing: *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/328-337; N.T. Dempsey, ‘De procedure na cassatie en verwijzing’, *TCR* 2012/1.

140 Vgl. *Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent* 4 2012/114, waar wordt gesteld dat de aard van (onder meer) de faillissementsprocedure meebrengt dat een uitzondering gerechtvaardigd is op de ‘in beginsel strakke regel’, welke regel inhoudt dat alle nieuwe feiten en stellingen in het eerste processtuk in hoger beroep dienen te worden opgevoerd en die daarmee in belangrijke mate tevens de mogelijkheden bepaalt om ná cassatie en verwijzing nieuwe feiten en stellingen naar voren te brengen.

141 Zie HR 28 februari 1964, *NJ* 1964/214.

142 Zie HR 4 december 1998, *NJ* 1999/675, m.nt. J.B.M. Vranken.

ginsel van de gebondenheid van de verwijzingsrechter aan in cassatie niet of tevergeefs bestreden beslissingen, moet wijken voor de eis van een beoordeling van het geschil *in volle omvang* op basis van de actuele feiten.¹⁴³ Het ligt in de rede dat de *andere* partij in dat geval eveneens in de gelegenheid wordt gesteld haar standpunten aan te passen of te herzien.¹⁴⁴

In § 4 kwam al even aan de orde dat ook het hof waarnaar de zaak door de Hoge Raad wordt verwezen een rol heeft bij de toepassing van de regeling van art. 15 lid 3 Fw. In het daar genoemde arrest *X/NMB* stelde de Hoge Raad zelf het bedrag van de faillissementskosten en het salaris van de curator vast, om vervolgens aan het verwijzingshof aanwijzingen te geven voor de beantwoording van de vraag ten laste van wie die kosten dienden te worden gebracht.¹⁴⁵ Het is tevens mogelijk dat de Hoge Raad ook de vaststelling van het bedrag van de faillissementskosten en het salaris van de curator ex art. 15 lid 3 Fw aan het verwijzingshof laat.¹⁴⁶

Uit het arrest *X/NMB* volgt dat de Hoge Raad van oordeel is dat indien hij het arrest van het hof waarbij de faillietverklaring is uitgesproken (of bekrachtigd), vernietigt, als gevolg daarvan het faillissement en daarmee de faillissementstoestand *eindigt*. Wordt de schuldenaar door het verwijzingshof (nogmaals) failliet verklaard, dan is volgens de Hoge Raad immers sprake van een *nieuw* faillissement. Die opvatting overtuigt ons niet. Zij staat op gespannen voet met het wettelijk systeem (art. 424 Rv) en de daarop betrekking hebbende jurisprudentie, waarin de procedure na cassatie en verwijzing als een voortzetting van de onvoltooide appelinstantie wordt beschouwd.¹⁴⁷ Wij menen dat het beter is om aan te nemen dat bij vernietiging in cassatie van het arrest van het hof, de faillissementstoestand die is ontstaan met het vonnis van de rechtbank of het (gecasseerde) arrest van het hof, vooralsnog gewoon voortduurt.¹⁴⁸ Die opvatting is niet alleen wetssystematisch fraaier, maar heeft tevens het niet geringe voordeel dat geen kunstgrepen behoeven te worden toegepast om de complicaties die voortvloeien uit het feit dat gedurende enige tijd – niet zelden enkele maanden – geen sprake is van een faillissementstoestand en vervolgens van een *nieuw* faillissement, het hoofd te bieden. De vraag hoe om te gaan met de boedelschulden uit het eerste faillissement in het opvolgende faillissement, is immers niet de enige die opkomt. Bij gebreke van een bepaling als art. 249 Fw rijst bijvoorbeeld ook de vraag hoe om te gaan met de termijnen als bedoeld in art. 43 en 45 Fw en in het zesde lid van art. 2:138/2:248 BW.¹⁴⁹ Ligt het daarnaast voor de hand dat de opzegging van een arbeidsovereenkomst door de curator met terugwerkende kracht wordt

beheerst door de normale arbeidsrechtelijke regels (art. 13a Fw), indien het faillissement korte tijd nadien nogmaals door het hof wordt uitgesproken? Wij laten dan nog daar dat in een voorkomend geval de kans levensgroot is dat het nog aanwezige c.q. door de curator inmiddels vergaarde actief inmiddels is verdwenen zodra het tweede faillissement een feit is. Al deze complicaties zouden als sneeuw voor de zon verdwijnen indien de faillissementstoestand in elk geval zou voortduren totdat het verwijzingshof heeft beslist en *die* uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan.

Zou deze opvatting worden gevolgd, dan zou de Hoge Raad in een voorkomend geval zowel de vaststelling van de faillissementskosten en het salaris van de curator, als het geven van aanwijzingen aan het verwijzingshof voor de beantwoording van de vraag ten laste van wie die kosten dienden te worden gebracht, onzes inziens geheel achterwege kunnen laten. Dit alles is in dat geval aan het hof, dat daarbij dan ook de kosten die ná het arrest van de Hoge Raad worden gemaakt, in de vaststelling en omslag ex art. 15 lid 3 Fw dient mee te nemen.

VI. Tot besluit

In deze bijdrage maakten wij een *tour d'horizon* door de procedure tot faillietverklaring. Deze heeft het beeld opgeleverd van een tamelijk gecompliceerde, maar goed door-dachte regeling, waarvan het fundament, zoals dat eigenlijk voor de gehele Faillissementswet geldt, de tand des tijds goed heeft doorstaan. Dat neemt niet weg dat de regeling inmiddels wel aan renovatie toe is. Zij sluit steeds minder goed aan op het commune procesrecht en lijkt nog slechts te kunnen worden gehanteerd door kennisneming van de overvloedige jurisprudentie op dit terrein. Het *Wetsvoorstel modernisering faillissementsprocedure* bevat enkele goede wijzigingsvoorstellen, maar zou wat ons betreft wel wat ambitieuzer mogen, in welk verband wij onderweg enkele suggesties hebben gedaan. Weliswaar zijn in de afgelopen decennia meer fundamentele voorstellen tot wijziging van onze faillissementswetgeving (vooralsnog) steeds gestrand, maar dat leek in het bijzonder samen te hangen met het controversiële karakter van (een deel van) die voorstellen. Het lijkt ons aannemelijk dat de gewenste aanpassingen in onze procedure tot faillietverklaring deze klip zouden moeten kunnen omzeilen.

143 Zie Asser *Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/333.

144 Vgl. HR 7 december 2001, *NJ* 2003/76, m.nt. W.D.H. Asser.

145 Zie HR 11 juni 1982, *NJ* 1983/11, m.nt. B. Wachter (*X/NMB*).

146 Zie HR 18 januari 2002, *NJ* 2002/146 (*Veenendaal/Droogh*).

147 Zie HR 21 oktober 1994, *NJ* 1995/398, m.nt. H.J. Snijders; HR 13 oktober 2006, *NJ* 2006/562 (*Woningstichting Jutphaas*).

148 Zo ook: A-G Vranken, conclusie voor HR 7 april 1995, *NJ* 1997/21, nr. 24; A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2016:873, nr. 4.11.

149 Vgl. B. Wachter, noot onder HR 11 juni 1982, *NJ* 1983/11 (*X/NMB*), die overigens over het hoofd lijkt te zien dat ook de overige boedelvorderers in het eerste faillissement door de Hoge Raad een boedelvordering in het tweede faillissement aangereikt krijgen.