

Open dit document in PDF formaat

25-10-2018

Kroniek Insolventieprocesrecht

In deze bijdrage wordt – in vogelvlucht – nog eens stilgestaan bij relevante uitspraken van de Hoge Raad van de afgelopen twee jaren inzake het insolventieprocesrecht ter zake van faillissement en surseance van betaling. Als gevolg van dit selectie criterium worden niet alle hete hangijzers van het insolventieprocesrecht behandeld maar is er in zekere zin sprake van een ‘capita selecta’. Tevens wordt kort stilgestaan bij het wetsvoorstel tot modernisering van de faillissementsprocedure die volgens planning 1 januari 2019 in werking zal treden.

I. Inleiding

Op basis van de Faillissementswet kunnen diverse verzoekprocedures worden geëntameerd met verschillende eigenaardigheden. Het commune procesrecht is veelal niet (rechtstreeks) van toepassing op deze verzoekprocedures en dat leidt in de praktijk tot vragen en leemtes die – naast het door rechtbank en hoven gehanteerde procesreglement voor insolventiezaken – door jurisprudentie worden ingevuld. In deze bijdrage wordt – in vogelvlucht – nog eens stilgestaan bij relevante uitspraken van de Hoge Raad van de afgelopen twee jaren inzake het insolventieprocesrecht ter zake van faillissement en surseance van betaling. Als gevolg van dit selectie criterium worden niet alle hete hangijzers van het insolventieprocesrecht behandeld maar is er in zekere zin sprake van een ‘capita selecta’. Tevens wordt kort stilgestaan bij het wetsvoorstel tot modernisering van de faillissementsprocedure die volgens planning 1 januari 2019 in werking zal treden.

II. (Analoge) toepassing commune procesrecht

De wettelijke regels over verzoekschriftprocedures in eerste aanleg (titel 3 Rv) zijn strikt genomen op alle verzoekprocedures ingevolge de Faillissementswet niet van toepassing (art. 362 lid 2 Fw). De toepasselijkheid van afdeling 4 van titel 7 Rv (hoger beroep) en afdeling vijf van titel 11 Rv (beroep in cassatie) is niet uitgesloten in de Faillissementswet, alhoewel nergens blijkt dat de wetgever deze titels wél van toepassing heeft willen laten zijn. In de praktijk worden bepalingen uit titel 3, 7 en 11 van Rechtsvordering op verzoekprocedures ingevolge de Faillissementswet (analoog) toegepast. In een conclusie van A-G Rank-Berenschot van 20 april 2018¹ en in een conclusie van A-G Timmerman van 19 mei 2017² is gedocumenteerd uiteengezet uit wat de ‘status quo’ is van de uitsluiting door de wetgever van het commune procesrecht enerzijds en de analogische toepassing anderzijds. Het komt erop neer dat uit diverse jurisprudentie van de Hoge Raad en literatuur valt op te maken dat bepalingen omtrent verzoekschriftprocedures uit titel 3 Rv, titel 7 Rv en Titel 11 Rv allen analogisch mogen worden toegepast,

tenzij het bijzondere karakter van de faillissementsprocedure of enige (andere) bepaling in de Faillissementswet daaraan in de weg staat.

Ook voor algemene bepalingen uit titel 1 Rv (art. 19-35 Rv) kan worden aangenomen dat deze toepasbaar zijn, voor zover dit niet conflicteert met het bijzondere karakter van de procedure ingevolge de Faillissementswet.³ Een recent voorbeeld is de toepassing door de Hoge Raad van art. 29 Rv in een procedure gebaseerde op de faillissementswet.⁴ Op basis van dit artikel kan partijen bij een niet openbare zitting vertrouwelijkheid worden opgelegd. Een praktisch middel dat bij meer zittingen in insolventieprocedures kan worden toegepast.

Over de precieze spelregels en reikwijdte van het kunnen en mogen toepassen van bepalingen uit Rechtsvordering heeft de Hoge Raad zich nog niet uitgelaten. Het zou welkom zijn wanneer in toekomstige uitspraken hierover eens wat meer duidelijkheid volgt.

III. Procedure tot faillietverklaring

De moeder van alle procedures binnen het insolventierecht is uiteraard de procedure tot faillietverklaring ex artikel 1 Fw. Daarover zijn dan ook de afgelopen twee jaren diverse uitspraken geweest.

Binnen de procedure tot faillietverklaring is het pluraliteitsvereiste een oude bekende steunpilaar. En dit leerstuk is volgens de Hoge Raad nog niet uit de tijd. De Hoge Raad is ongevoelig voor kritiek in de praktijk en literatuur omtrent het pluraliteitsvereiste en komt in een naar aanleiding van een principieel ingestoken cassatieberoep gewezen uitspraak van 24 maart 2017⁵ niet terug op dit volgens vaste rechtspraak geldende vereiste. Het uitspreken van het faillissement terwijl niet (summierlijk) is gebleken van het staan van een steunvordering strookt volgens de Hoge Raad niet met het doel van het faillissement, te weten het verdelen van het vermogen van de schuldenaar onder meerdere schuldeisers. Dit doel wordt ook in recente wetgevingsprogramma's nog steeds als uitgangspunt genomen, en daarin wordt het pluraliteitsvereiste niet ter discussie gesteld, aldus de Hoge Raad.

Het vereiste van pluraliteit wordt in de praktijk soms aangegrepen om te proberen aan faillietverklaring te ontsnappen. Dit blijkt ook uit een uitspraak van de Hoge Raad van 25 mei 2018.⁶ Het draaide om de vraag of nog voldaan is aan het pluraliteitsvereiste indien na faillietverklaring in hoger beroep wordt gekomen van de faillietverklaring en daarbij met alle schuldeisers – behalve de aanvrager – een regeling wordt getroffen. Die regeling kwam erop neer dat, zodra het faillissement zou zijn vernietigd, middels een door een derde gedeponeerd bedrag, de overige schuldeisers voldaan zouden worden. Volgens de gefailleerde zou in dat geval niet zijn voldaan aan het pluraliteitsvereiste en diende het faillissement te worden vernietigd. Volgens de Hoge Raad moet worden beoordeeld of ten tijde van de beslissing van de rechter (in hoger beroep) sprake is van het bestaan van meerdere schuldeisers behalve de aanvrager. Dat ten tijde van die uitspraak aan de andere schuldeisers (voorwaardelijk) betaling is toegezegd en daarvoor zekerheid is gesteld doet niet af aan het bestaan van de schulden op het moment dat uitspraak wordt gedaan (betaling vindt immers pas na die uitspraak plaats). De pluraliteit blijft dus bestaan. Maar het feit dat betaling aan alle overige schuldeisers is toegezegd én voor de nakoming van die toezegging zekerheid is gesteld kan volgens de Hoge Raad wél betekenen dat de schuldenaar niet verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen, en op die grond faillietverklaring achterwege dient te blijven. Of naast het bestaan van pluraliteit sprake is van 'de toestand', is steeds aan de feitenrechter om te beoordelen.

Een Hoge Raad uitspraak van 9 juni 2017⁷ zag op de situatie waarbij de indiening van een WSNP-verzoek een aanhangig verzoek tot faillietverklaring van een natuurlijk persoon schorst (art. 3 en 3a Fw). Pas nadat de afwijzing van het WSNP-verzoek onherroepelijk is, dus pas na de behandeling van een eventueel hoger beroep en/of beroep cassatie, wordt het verzoek tot faillietverklaring weer in behandeling genomen.

Faillietverklaring kan op die manier door toedoen van de schuldenaar lang worden uitgesteld. Desondanks is het volgens de Hoge Raad zo dat het nogmaals indienen van een (nieuw) WSNP-verzoek als het eerste is afgewezen opnieuw tot schorsing leidt van het verzoek tot faillietverklaring. In theorie is door deze uitspraak een eindeloze vertraging van de faillietverklaring van een schuldenaar mogelijk.

Om dit te voorkomen mag een rechter volgens de Hoge Raad afzien van schorsing van het faillissementsverzoek indien sprake is van misbruik van de bevoegdheid van de schuldenaar om (nogmaals) een WSNP-verzoek in te dienen. Daarvan zal volgens de Hoge Raad onder meer sprake kunnen zijn indien het (herhaalde) WSNP-verzoek wordt ingediend met geen ander doel dan de behandeling van het faillissementsverzoek te vertragen, of indien de betrokkene, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen zijn belang bij indiening van een (nieuw) WSNP-verzoek en dat van de indiener(s) van het faillissementsverzoek bij voortvarende behandeling daarvan, in redelijkheid niet tot de indiening van dat (nieuwe) verzoek had kunnen komen. Aanwijzingen hiervoor zijn dat de schuldenaar een nieuw WSNP-verzoek indient zonder dat hij ter zake dienende nieuwe omstandigheden aanvoert.

Voert de schuldenaar zodanige omstandigheden wel aan, dan kan bij de beoordeling of sprake is van misbruik van bevoegdheid mede van belang zijn of hij die omstandigheden al bij de behandeling van zijn eerdere WSNP-verzoek had kunnen aanvoeren. Voorts kan van belang zijn op welke grond het eerdere WSNP-verzoek is afgewezen en hoe lang de schorsing van de behandeling van het faillissementsverzoek inmiddels heeft geduurd. Ook kan de omstandigheid dat de schuldenaar talmt met het verschaffen van relevante informatie bij de behandeling van het nieuwe WSNP-verzoek, een rol spelen bij de beoordeling of sprake is van misbruik van bevoegdheid. De faillissementsrechter in eerste aanleg heeft door deze criteria een redelijk grote vrijheid om in geval van een herhaald WSNP-verzoek het faillissement toch uit te spreken. De vraag is dus of de door de Hoge Raad aangeboden chicane in de praktijk met succes zal worden toegepast.

In *Megalim Investments B.V./De Veenbloem B.V.*⁸ was de vraag of de pandhouder ten aanzien van een vordering, nadat dit pandrecht aan de debiteur is medegeedeeld, moet worden aangemerkt als schuldeiser in de zin van art. 1 lid 1 Fw en het faillissement van de debiteur van de verpande vordering kan aanvragen. Volgens de Hoge Raad is de openbare pandhouder bevoegd tot verhaal op het vermogen van de debiteur en dat omvat het aanvragen van het faillissement. De pandgever kan in die situatie op zijn beurt gelet op art. 3:246 lid 4 BW de bevoegdheid tot het aanvragen van het faillissement alleen nog maar uitoefenen indien hij daartoe toestemming heeft van de pandhouder of machtiging van de kantonrechter heeft gekregen. De Hoge Raad wijst er wel op dat bevoegdheden als het verlenen van kwijtschelding, het treffen van een afbetalingsregeling en het omzetten van de vordering tot nakoming in een tot schadevergoeding, alsmede de bevoegdheid tot ontbinding en beëindiging van de overeenkomst waaruit de vordering voortspuit blijkens de wetsgeschiedenis blijven berusten bij de pandgever.⁹ Faber wijst er in zijn annotatie in *JOR* echter op dat het achterblijven van deze bevoegdheden bij de pandgever volgens de wetsgeschiedenis niet in alle gevallen geldt, en de pandhouder – ten minste – geacht moet worden in staat te zijn om de overgang van dergelijke bevoegdheden contractueel te bedingen.

Indien de faillietverklaring is geslaagd, maar sprake is van een lege boedel, kan dit tot verzetprocedures leiden. In *Hoeksema q.q./R.M. Trade B.V.*¹⁰ bevestigde de HR dat indien een rechtspersoon op eigen aangifte is failliet verklaard, de curator – uit eigen hoofde ('pro se') – als belanghebbende in de zin van art. 10 lid 1 Fw is aan te merken en verzet kan doen tegen de faillietverklaring, indien hij dat verzet doet op grond van de stelling dat de boedel leeg is. De curator behoeft geen machtiging van de r-c nu hij het verzet 'pro se' instelt. Het verzet is alleen gegrond indien sprake is van een boedel die (nagenoeg) geen activa omvat en er geen enkele aanleiding bestaat voor de verwachting dat in het faillissement, bijvoorbeeld met toepassing van art. 42 Fw of art. 2:9 BW, activa zullen kunnen worden gegeneerd. In dat geval heeft de rechtspersoon de bevoegdheid eigen aangifte tot faillietverklaring te doen (waardoor de curator nodeloos op kosten wordt gejaagd) misbruikt en dient deze de weg van art. 2:19 BW (turboliquidatie) te bewandelen.

In *Boersen q.q./Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het levensmiddelenbedrijf*¹¹ ging het om een verzet van een curator tegen een faillietverklaring op verzoek van een schuldeiser en heeft de Hoge Raad nog wat verduidelijking aangebracht ten opzichte van *Hoeksema q.q./R.M. Trade B.V.* De Hoge Raad wijst erop dat in geval van een verzet tegen een faillissement dat op aanvraag van een schuldeiser is uitgesproken, en waar sprake is van een lege boedel, er net als in geval van een eigen aangifte sprake zou kunnen zijn van misbruik van bevoegdheid. Maar dan wel alleen als de schuldeiser die het faillissement aanvroeg wist dat de boedel leeg zou zijn én deze geen voldoende gerechtvaardigd belang bij de aanvraag heeft. Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat de bewerkstelliging van de ontbinding van de vennootschap een voldoende gerechtvaardigd belang is. Het is dus de vraag of de Hoge Raad niet beter simpelweg had kunnen zeggen dat

er bij faillissement op aanvraag van een schuldeiser nooit sprake is van misbruik van bevoegdheid, tenzij er een alternatief bestaat om de vereffening te bewerkstelligen.

IV. Proceskostenveroordeling

In hoofdstuk II van dit artikel is opgemerkt dat titel 3 Rv door de wetgever buiten toepassing is verklaard ten aanzien van procedures inzake de Faillissementswet, maar dat in de praktijk bepalingen uit titel 3 Rv (analoog) mogen worden toegepast. Een voorbeeld is te vinden in de uitspraak *Gründstückverwaltung Brammer GmbH & CO KG /Aarnink q.q.*¹² Het ging in deze zaak om de vraag of de rechter in een art. 69 Fw procedure een proceskostenveroordeling mag uitspreken, nu in de Faillissementswet nergens is bepaald dat proceskostenveroordelingen mogelijk zijn. De HR bevestigt dat artikel 289 Rv van titel 3 Rv dat een proceskostenveroordeling mogelijk maakt¹³ ‘overeenkomstig’ mag worden toegepast in procedures op basis van de Faillissementswet. Zo nodig ook ambtshalve. Ook uitvoerbaar bij voorraadverklaring van de proceskostenveroordeling is mogelijk. De Hoge Raad bepaalt verder expliciet dat of aanleiding bestaat een proceskostenveroordeling uit te spreken, door de rechter zelf beoordeeld moet worden. Bij het veroordelen van de boedel of de gefailleerde in de proceskosten dient terughoudendheid te worden betracht. Verder bevestigde de Hoge Raad in de hierboven genoemde uitspraak *Boersen q.q./Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het levensmiddelenbedrijf*¹⁴ dat de curator ook in geval van verzet tegen een faillietverklaring op aanvraag van een schuldeiser uitsluitend ‘pro se’ optreedt en dientengevolge een proceskostenveroordeling ook persoonlijk wordt uitgesproken. Of tot een – persoonlijke – proceskostenveroordeling aanleiding bestaat is volgens de Hoge Raad aan de feitenrechter om te beoordelen. De eis van terughoudendheid bij veroordeling van een curator ‘pro se’ wordt door de Hoge Raad niet gesteld.

V. Rechtsmiddelen

Een belangrijk kenmerk van het insolventieprocesrecht is het gesloten stelsel van rechtsmiddelen (tegen bepaalde beslissingen in insolventieprocedures staan specifiek genoemde rechtsmiddelen open, maar soms staan geen rechtsmiddelen open). De bijbehorende korte termijnen die de Faillissementswet biedt voor het instellen van rechtsmiddelen zijn algemeen bekend (of berucht). Doel hierachter is om procedures zo voortvarend mogelijk te kunnen afronden.

Het gesloten stelsel van rechtsmiddelen staat ook centraal in de uitspraak van de Hoge Raad *X/Poorthuis en Dekker q.q.* van 8 december 2017.¹⁵ Deze uitspraak heeft betrekking op een poging van een schuldenaar een akkoord aan te bieden in zijn surseance van betaling, welke poging strandde wegens (onder meer) een aantal nadelige beslissingen van de rechter-commissaris ten aanzien van de stemming en aanname van het akkoord. De schuldenaar wenste hiertegen op te komen. In casu ging het om de beslissing ex art. 268a Fw inhoudende een weigering een akkoord ondanks de ontbrekende meerderheid verbindend te verklaren en een beslissing ex art. 267 Fw om schuldeisers wel/niet toe te laten tot de stemming over een akkoord.

Probleem was dat art. 282 Fw bepaalt dat tegen beslissingen van de rechter(-commissaris) op basis van titel II (surseance van betaling) geen rechtsmiddelen openstaan, tenzij dat uitdrukkelijk is bepaald,¹⁶ wat voor deze beslissingen niet het geval was.

De Hoge Raad houdt ook streng de hand aan het rechtsmiddelenverbod en weigert wetsgeschiedenis en analoge toepassing van vergelijkbare rechtsmiddelen in faillissement en wsnp die de schuldenaar ten dienste staan te betrekken in de vraag of een rechtsmiddel tegen een beslissing van de rechter-commissaris desondanks openstaat. De Hoge Raad bevestigt wel dat conform vaste rechtspraak een beroep kan worden gedaan op doorbreking van een rechtsmiddelenverbod in geval van een schending van fundamentele rechten, waarover inhoudelijk later meer. Van belang is voor dit hoofdstuk wat de Hoge Raad verder overweegt over de termijn waarbinnen het rechtsmiddel gebaseerd op een doorbreking van het rechtsmiddelenverbod moet

worden ingesteld. Volgens de Hoge Raad is het passend om voor een dergelijk cassatieberoep aan te sluiten bij de 'normale' hoger beroep en cassatietermijn op basis van titel II, die in beide gevallen acht dagen bedraagt. Dat de HR zelf op deze wijze de kortst denkbare cassatietermijn passend acht (de A-G ging in de conclusie uit van een langere termijn), acht van Galen in zijn noot in *JOR* voor de praktijk 'een beetje griezelig'. Dit mede omdat in geval van een rechtstreeks cassatieberoep tegen een beslissing ex. art. 67 Fw waartegen geen hoger beroep openstaat veelal gedacht wordt dat de termijn (bij gebreke aan een bepaling in de Faillissementswet die een kortere termijn voorschrijft) drie maanden bedraagt. Dat zou dus wel eens veel korter kunnen zijn. In de onderhavige zaak erkent de Hoge Raad dat onduidelijkheid kon bestaan over de termijn, nu hierover geen wettelijke regeling of jurisprudentie bestaat. Nu het cassatieberoep buiten de volgens de Hoge Raad geldende termijn was ingesteld is daarom alsnog een inhoudelijke beoordeling gevolgd. Voor vergelijkbare cassatieberoepen (inzake surseance van betaling) geldt dat deze na deze uitspraak van de Hoge Raad uiteraard binnen acht dagen zullen moeten worden ingesteld.

Een ander voorbeeld van een wat 'griezelige' beslissing van de Hoge Raad ten aanzien van korte termijnen voor rechtsmiddelen kan worden gevonden in de uitspraak X/Dekker q.q. c.s. van 6 juli 2018.¹⁷ Gefailleerde was voorafgaand aan de faillietverklaring in verzet gekomen tegen faillietverklaring van een dochtervennootschap op de voet van artikel 10 Fw. Gedurende de verzetprocedure wordt haar eigen faillissement uitgesproken. De curator neemt ex artikel 27 lid 3 Fw de verzetprocedure (die inmiddels in hoger beroep liep) over waardoor gefailleerde volgens het Hof automatisch buiten het geding is gesteld. Gefailleerde wil zich verzetten tegen de vaststelling van het hof dat de curator ex artikel 27 lid 3 Fw de verzetprocedure heeft overgenomen. Het Hof had hiertoe ook bepaald dat tegen haar tussenbeslissing over de toepassing van artikel 27 lid 3 Fw tussentijds cassatieberoep open stond, wat ook werd ingesteld. Volgens de Hoge Raad lag het echter allemaal even anders. De beslissing van het Hof dat de curator de procedure ex artikel 27 lid 3 Fw heeft overgenomen, impliceert dat de verzetprocedure ten aanzien van de gefailleerde definitief is geëindigd (de gefailleerde is buiten het geding gesteld). Volgens de Hoge Raad is een dergelijke beslissing van het hof helemaal geen tussenbeslissing, maar gelijk te stellen met een einduitspraak in de verzetprocedure waarbij het hoger beroep wordt afgewezen. Daarom staat tegen een dergelijke beslissing cassatieberoep open gedurende de in artikel 12 Fw bepaalde termijn van 8 dagen. Nu het cassatieberoep buiten deze termijn was ingesteld werd het niet inhoudelijk beoordeeld, ook niet nu dit de eerste uitspraak was op dit punt. Bij het bepalen van de juiste termijn is het dus oppassen geblazen. Alhoewel de uitspraak daarover uiteindelijk niet ging, is de conclusie van de A-G in deze zaak verder interessant vanwege de bevestiging en onderbouwing van de mogelijkheid om hoger beroep en cassatie tegen tussenbeslissingen in procedures in het kader van de Faillissementswet in te stellen op dezelfde wijze als via het commune procesrecht.

In de zaak X B.V. c.s./mr. Krol q.q.¹⁸ ging het over het juiste rechtsmiddel tegen een beslissing van de rechter-commissaris. Ter verificatievergadering werd een vordering betwist door een (middellijk) bestuurder van de gefailleerde. De vordering werd, nu die volgens de r-c niet betwist was *door een schuldeiser*, overgebracht op de lijst van erkende schuldeisers. Later betoogt de bestuurder dat hij in zijn hoedanigheid van schuldeiser de vordering heeft betwist. Hij stelt op de voet van art. 184 Fw verzet in tegen de uitdelingslijst en na een afwijzende beslissing van de rechtbank beroep in cassatie. De Hoge Raad overweegt dat de beslissing van de r-c om een schuldvordering op de lijst van erkende schuldeisers te plaatsen een beschikking is waartegen ex art. 67 lid 1 Fw gedurende vijf dagen hoger beroep op de rechtbank mogelijk is. Indien die mogelijkheid niet wordt benut kan in een verzetprocedure tegen de gedeponeerde uitdelingslijst niet meer worden teruggekomen op de beslissing van de r-c om een schuldvordering te erkennen. De Hoge Raad overweegt verder dat nu het cassatieberoep de algemene faillissementskosten heeft doen toenemen, de zaak moet worden terugverwezen naar de rechtbank om de uitdelingslijst opnieuw vast te stellen wat betreft de algemene faillissementskosten.

Soms kan ondanks een rechtsmiddelenverbod via een andere route toch een ingang worden gevonden om een beslissing uit te lokken waartegen wel hoger beroep mogelijk is. Een voorbeeld kan worden gevonden in LM Vermietungs GmbH & Co. KG c.s./Van Boven q.q. c.s.¹⁹ Volgens art. 176 lid 1 Fw heeft de curator toestemming van de r-c nodig om goederen onderhands in plaats van openbaar te verkopen. Tegen de betreffende beslissing van de r-c is ex art. 67 lid 1 Fw geen hoger beroep mogelijk. Wel heeft de Hoge Raad eerder bepaald dat op basis van art. 69 Fw de r-c alsnog kan worden verzocht de curator te bevelen tot

openbare verkoop over te gaan. Tegen een eventuele afwijzende beslissing van de r-c op dit art. 69 Fw verzoek staat dan wel hoger beroep open.²⁰In LM Vermietungs GmbH & Co. KG c.s./Van Boven q.q. c.s. verduidelijkt de Hoge Raad dat art. 69 Fw in deze situatie niet alleen kan worden ingezet om alsnog een openbare verkoop af te dwingen, maar ook om op andere gronden een voorgenomen onderhandse verkoop door de curator te verhinderen. In de betreffende zaak bestonden bezwaren tegen de partij aan wie de curator onderhands wilde verkopen (een aan de gefailleerde gelieerde partij). Over deze bezwaren kan ook in hoger beroep en cassatie naar aanleiding van een beschikking ex art. 69 Fw worden geprocedeerd. Daarbij spelen in beginsel wel alleen de belangen van goed boedelbeheer een rol, en geen andere (persoonlijke) belangen van diegene die ex art. 69 Fw het verzoek doet.

Uit Binderij Letterboer B.V./Letterboer c.s.²¹ blijkt dat een met succes ingesteld hoger beroep tegen de faillietverklaring dat leidt tot vernietiging van het vonnis tot faillietverklaring niet altijd de overwinning inluidt. De curator had namelijk ná de vernietiging in hoger beroep, maar vóór het onherroepelijk worden van deze beslissing de eigendommen van de gefailleerde verkocht. Nadat de vernietigingsbeslissing alsnog onherroepelijk was probeerde de voormalige gefailleerde vruchteloos deze handelingen van de curator ongedaan te maken. Dat de schuldenaar gebonden is aan de handelingen van de curator in dit stadium, strookt volgens de Hoge Raad met de regel van art. 13 Fw dat handelingen van de curator die zijn verricht na vernietiging van het vonnis tot faillietverklaring, maar vóór of op de dag waarop is bevestigd dat deze beslissing onherroepelijk is (art. 15 Fw), voor de schuldenaar geldig en verbindend blijven. Deze gebondenheid staat volgens de Hoge Raad los van het feit dat de curator terughoudend dient te zijn bij het verrichten van onomkeerbare handelingen in een dergelijk stadium waarin een rechtsmiddel is ingesteld tegen de faillietverklaring.

VI. Positie rechter-commissaris

Uit de reeds aangehaalde uitspraak X/Poorthuis en Dekker q.q.²² blijkt dat als gevolg van een van de rechtsmiddelenverboden in de Faillissementswet het de rechter-commissaris is die in eerste en enige instantie beslissingen dient te nemen die verregaande gevolgen kunnen hebben. Het ging in die zaak om beslissingen over het al dan niet totstandkomen van een akkoord ten aanzien van een natuurlijk persoon. De schuldenaar meende dat de rechter-commissaris hem nogal onwelgevallig was en stelde met een beroep op artikel 6 EVRM dat de rechter-commissaris, vanwege zijn eerdere beslissingen en bemoeienissen in de surseanceprocedure, geen onafhankelijk en onpartijdige rechter was. Daarom zou hij in weerwil van het rechtsmiddelenverbod ontvankelijk moeten zijn in hoger beroep of cassatie teneinde een oordeel te kunnen verkrijgen van een onafhankelijke rechter. De Hoge Raad heeft zich in zijn uitspraak niet laten verleiden tot uitlatingen of een reactie op kritiek in de literatuur over de positie van de r-c als toezichthouder en ‘sparringpartner’ van de curator of bewindvoerder waardoor de schijn van partijdigheid op de loer ligt.²³ De Hoge Raad toetste alleen of in de gegeven omstandigheden er bijzondere omstandigheden waren die erop duiden dat de r-c niet onafhankelijk te werk is gegaan. Het voeren van (voor)overleg met een bewindvoerder, het nemen van een beslissing ten nadele van de schuldenaar en een door de rechtbank afgewezen voordracht tot ontslag van één van de twee bewindvoerders die meer op één lijn zat met de schuldenaar zijn feiten of omstandigheden die noch op zichzelf, noch in onderlinge samenhang erop duiden dat de rechter-commissaris niet onpartijdig en onafhankelijk te werk is gegaan, aldus de Hoge Raad. Die legt daarmee de lat om het bestaan van de schijn van partijdigheid aan de zijde van de rechter-commissaris aan te tonen hoog.

In zijn uitspraak van 23 december 2016²⁴ legt de Hoge Raad wel enkele beperkingen op aan de r-c bij de uitoefening van wettelijke bevoegdheden. Op grond van artikel 66 Fw heeft de r-c een ruime bevoegdheid getuigen te horen en op grond van artikel 105 Fw en 106 Fw geldt dit ook voor (bestuurders en commissarissen van) de gefailleerde. De bevoegdheid van de r-c om verhoren te bevelen is volgens de Hoge Raad zeer ruim maar wordt begrensd door art. 3:13 lid 2 BW, dat ingevolge art. 3:15 BW van toepassing is op het faillissementsrecht. Art. 3:13 lid 2 BW houdt in dat een bevoegdheid wordt misbruikt door haar uit te oefenen met een ander doel dan waarvoor zij is verleend. De bevoegdheid in de art. 66, 105 en 106 Fw is

volgens de HR verleend om opheldering te verkrijgen over alle omstandigheden die het faillissement betreffen. Aanwending voor een ander doel kan misbruik van bevoegdheid opleveren, met name wanneer dit doel gelegen is in het vergaren van gegevens ten behoeve van een civiele procedure tegen de gefailleerde of haar bestuurder of commissaris. In verband met de rechten en waarborgen voor de te horen getuigen dient in dat geval de weg van een regulier getuigenverhoor ex art. 166 Rv of art. 186 Rv te worden bewandeld. Het gaat er volgens de Hoge Raad verder niet om dat het stellen van bepaalde vragen misbruik van bevoegdheid opleveren, de te toetsen handeling betreft de bevoegdheid om het verhoor te bevelen. Normaliter hoeft een r-c volgens de HR verder niet vooraf te toe te lichten waarom hij een verhoor beveelt en welke vragen worden gesteld. Wel kunnen er bijzondere omstandigheden zijn die vereisen dat de r-c 'enig inzicht' geeft in de aanleiding voor en het doel van het verhoor. Dergelijke omstandigheden waren in casu volgens de Hoge Raad aanwezig nu het leek alsof het verhoor gericht was op aansprakelijkstelling van bestuurders, terwijl met de curator al een schikking was getroffen, deze het faillissement wilde afwickelen en de r-c eerder had laten weten van een verhoor af te zien.

VII. Inzage in stukken

Dat de curator geen willoos verlengstuk is van schuldeisers die bestuurders of feitelijk beleidsbepalers van de gefailleerde aansprakelijk willen stellen blijkt uit Schmitz q.q./Aerts Europa B.V.²⁵ Een schuldeiser kan op grond van art. 3:15j BW inzage vorderen in de administratie van de gefailleerde die zich onder de curator bevindt. De Hoge Raad maakt duidelijk dat die inzage niet alleen beperkt is tot de boekhouding tot aan de faillietverklaring,²⁶ maar ook beperkt is tot informatie uit de boekhouding die nodig is om de rechtsbetrekking tussen schuldeiser en gefailleerde vast te stellen. Bewijsstukken die een vordering van de schuldeiser op een derde (zoals de bestuurder) moeten onderbouwen vallen niet onder het inzagerecht ex art. 3:15j BW. De Hoge Raad overweegt wél uitdrukkelijk dat indien de schuldeiser informatie uit de boekhouding van de gefailleerde wenst te verkrijgen met het oog op een mogelijkerwijs door hem in te stellen vordering tegen een derde, hij daartoe de weg kan bewandelen van een op de voet van art. 843a Rv aanhangig te maken vordering tegen de curator.

Iets lastiger lag het bij de uitspraak van 19 februari 2016 van de Hoge Raad²⁷ waarbij een in verzekerde bewaring gestelde gefailleerde inzage wenste in een proces-verbaal van een op de voet van art. 66 Fw gehouden getuigenverhoor. Mede op basis van de betreffende getuigenverklaring werd namelijk inbewaringstelling ten aanzien van de gefailleerde toegepast. De Hoge Raad herhaalt zijn eerdere jurisprudentie over de mogelijkheden tot inzage door de gefailleerde.²⁸ Daaruit blijkt dat een verzoek tot inzage door de gefailleerde welwillend beoordeeld moet worden, maar wel steeds een afweging moet worden gemaakt van het belang van de gefailleerde bij de inzage tegen de eventuele belangen die zich tegen inzage verzetten. Voor inzage in een proces-verbaal van een getuigenverhoor ex art. 66 Fw is dat niet anders. Wel levert de situatie dat het proces-verbaal 'geheim' moet blijven voor de gefailleerde maar anderzijds volgens de curator grond vormt voor inbewaringstelling een patstelling op. In dat geval komt volgens de Hoge Raad een groot gewicht toe aan het belang van de gefailleerde kennis te mogen nemen van de inhoud. Volgens de Hoge Raad zijn er soms praktische oplossingen zoals de inbewaringstelling op andere feiten baseren of het proces-verbaal aan de rechter verschaffen zodat deze desgewenst aan inbewaringstelling de voorwaarde kan verbinden dat inzage kan worden gegeven, waarna de curator zelf kan bepalen wat het beste is voor de boedel.

VIII. Belanghebbenden bij een procedure uit hoofde van de Faillissementswet

In Oi Coop/Citadel c.s.²⁹ komt de Hoge Raad met duidelijke beslissingen omtrent belanghebbenden bij een beslissing van de rechtbank tot omzetting van de surseance in een faillissement. Volgens art. 242 en 243 Fw dient de rechter voor de behandeling van het verzoekschrift tot intrekking van een surseance de verzoeker,

de bewindvoerder en de schuldenaar op te roepen. Maar dit is geen uitputtende opsomming. De rechter mag ook andere belanghebbenden, zoals schuldeisers en verbonden vennootschappen oproepen en horen. De Hoge Raad bepaalt ook dat dit niet betekent dat de rechter alle schuldeisers moet oproepen. Dat zou niet te verenigen zijn met de voortvarendheid waarmee insolventieprocedures dienen te worden gevoerd. Ook is het de rechter toegestaan om andere belanghebbende dan schuldeisers op te roepen en te horen.

De Hoge Raad heeft in X/Herstel q.q. c.s.³⁰ ook meer duidelijkheid verschaft over welke belanghebbenden ontvankelijk zijn in een hoger beroep ex artikel 67 Fw tegen een beschikking door de rechter-commissaris. In 2013 was door de Hoge Raad al bepaald dat er twee categorieën belanghebbenden zijn die ‘partij’ zijn bij de beschikking en derhalve in hoger beroep kunnen komen. Dit betreft degene die het tot de beschikking leidende verzoek aan de rechter-commissaris heeft gedaan en degene tot wie de beschikking is gericht.³¹ In casu ging het om een verzoek van de curator ex art. 104 Fw aan de r-c om hem te machtigen een schikking aan te gaan. Na afwijzing door de r-c stelde de partij met wie de beoogde schikking getroffen zou worden hoger beroep in ex art. 67 Fw tegen de beschikking van de r-c. De Hoge Raad oordeelt dat degene met wie een beoogde schikking getroffen zou worden niet aan te merken is als iemand tot wie de beschikking van de r-c zich richt en dus geen hoger beroep open staat. Volgens de Hoge Raad ziet de beschikking ex. art. 104 Rv en de beslissing ex. art. 67 Fw uitsluitend op het belang van het beheer van de boedel en niet op rechten van derden verschoond te blijven van procedures tegen de curator. Dat de belangen van de beoogde partij bij de schikking wel worden getroffen erkent de Hoge Raad. Als gevolg hiervan kan hij wel aangemerkt als belanghebbende die gehoord dient te worden ex artikel 67 lid 1 Fw.

IX. Wet modernisering faillissementsprocedure

De Eerste en Tweede kamer hebben op respectievelijk 22 februari en 26 juni 2018 het wetsvoorstel modernisering faillissementsprocedure als hamerstuk afgedaan en op 7 september 2018 heeft publicatie plaatsgevonden. De wet heeft volgens het ministerie als doel om schuldeisers beter te informeren en de faillissementsprocedure transparanter te maken en beter te laten aansluiten op de digitale ontwikkelingen. In een brief van Minister Dekker aan de Tweede Kamer van 11 september 2018 blijkt dat het beoogde tijdstip van inwerkingtreding 1 januari 2019 zal zijn. De wet zal alleen van toepassing zijn op faillissementen die na die datum worden uitgesproken, eerder uitgesproken faillissementen worden dus afgewikkeld conform het bestaande recht.

Op één onderdeel zal de wet in ieder geval pas later inwerkingtreden. Op basis van de nieuwe art. 19 lid 1 onder 7 en art. 67 lid 3 Fw kunnen bij Amvb diverse stukken en rechterlijke uitspraken (met name beschikkingen van de r-c) worden aangewezen die in één centraal (digitaal) insolventieregister moeten worden opgenomen (formeel zijn er nu per rechtbank nog registers). Ook moet een uitspraak tot faillietverklaring nog op de dag van de uitspraak in dat register worden ingeschreven en raadpleegbaar zijn. Beschikkingen van de r-c uiterlijk de dag na de uitspraak. Schuldeisers en belanghebbenden kunnen de insolventieprocedure ‘in real-time’ via het insolventieregister volgen en hierop sneller reageren en van hun rechten gebruikmaken (denk aan het blokkeren van bankrekeningen, het voorkomen van transport van registergoederen en gebruikmaken van de zeer korte termijn van vijf dagen om ex artikel 67 Fw hoger beroep in te stellen tegen een beschikking van de rechter-commissaris). Kennelijk ligt (ook) de vertraging in het KEI-programma ten grondslag aan de vertraging bij het effectiever inrichten van het centraal insolventieregister. Deze voordelen zullen dus deels pas later gerealiseerd worden.

Vanuit processueel oogpunt (niet de gehele wet wordt hier besproken) wijs ik op een paar punten die gaan wijzigen indien de wet van kracht is. Al met al is dit niet zeer ingrijpend. Voor de oproeping van belanghebbenden ex art. 8, 10 Fw wordt in de nieuwe wettekst van deze artikelen allereerst expliciet verwezen naar de formaliteiten van titel 3 Rv in de art. 271 t/m 277 Rv. Voor het verloop van de procedure tot faillietverklaring in cassatie wordt in art. 12 Fw nieuw uitdrukkelijk verwezen naar het commune procesrecht voor de verzoekschriftprocedure in cassatie in de art. 426 t/m 429 Rv. Alhoewel dit de praktijk wellicht weinig merkbare veranderingen geeft versterkt het de verbondenheid van het insolventieprocesrecht met het commune procesrecht voor verzoekschriftprocedures. Tegelijkertijd wordt de vraag of niet diverse

andere bepalingen uit het commune procesrecht voor de verzoekschriftprocedure (analogisch) mogen worden toegepast, en zo ja welke, niet expliciet beantwoord.

De verificatievergadering en andere vergaderingen van schuldeisers (zoals stemming over een akkoord) kunnen ook digitaal of telefonisch plaatsvinden (art. 80a en 108 Fw nieuw). De curator mag schuldeisers digitaal informeren en oproepen (art. 84, 109, 137a, 173a Fw nieuw). De mogelijkheid om meerdere verificatievergaderingen te houden wordt opgenomen in de wet (art. 119 lid 3 Fw nieuw).

De deadline voor het indienen van vorderingen wordt een harde datum van in beginsel 14 dagen voorafgaand aan de door de r-c te bepalen eerste verificatievergadering. Ten aanzien van de uiterste indieningsdatum ('bar-date') is uiteindelijk maatwerk door een beslissing van de r-c mogelijk (art. 127 Fw nieuw). Tegen de beslissing ter zake van de r-c ter zake staat geen hoger beroep open (art. 67 nieuw). De curator dient de 'bar-date' en de gevolgen van het niet voldoen daaraan, te weten dat verificatie daarna niet meer mogelijk is, te communiceren aan de schuldeisers (art. 109 Fw nieuw). Hij mag echter ook zelf vorderingen noteren als die hem bekend zijn, verificatie is dus ook mogelijk zonder dat de schuldeiser zelf actie onderneemt (art. 110 Fw nieuw). De gevolgen van het niet deelnemen aan de verificatie komen neer op het niet meedelen in een eventuele uitkering (art. 186 Fw dat de niet-geverifieerde schuldeiser de mogelijkheid biedt verzet in te stellen tegen de uitdelingslijst om alsnog geverifieerd te worden vervalt). In geval van een akkoord in faillissement vervalt verder het recht van een schuldeiser zijn vordering op de schuldenaar af te dwingen, indien hij die niet tijdig heeft doen verifiëren (art. 161a Fw nieuw). De wet bevat verder in deze bijdrage niet nader te bespreken aanpassingen ten aanzien van de schuldeiserscommissie, introduceert de mogelijkheid meerdere rechters-commissarissen te benoemen, geeft de rechter-commissaris de mogelijkheid deskundigen aan te stellen en biedt de curator de gelegenheid om verkooptransacties tot € 2.000 zonder toestemming van de r-c te verrichten.

X. Afsluiting

Blijkens dit overzicht van een select aantal uitspraken bestaan er in de praktijk nog met regelmaat vragen over het geldende insolventieprocesrecht, dat afwijkt van het burgerlijk procesrecht maar daar ook veel aan ontleent. Door de jurisprudentie ontstaat meer inzicht en worden vragen beantwoord, maar de vraag is uiteindelijk of meer jurisprudentie ook meer structuur oplevert. De Hoge Raad lijkt niet snel te verleiden tot het bieden van brede kaders of vergezichten op het gebied van het insolventieprocesrecht. De vraag is of de handschoen dan wellicht door de wetgever enthousiast opgepakt is moet negatief beantwoord worden. Het Wetsvoorstel modernisering faillissementswet kent zeer noodzakelijke en welkome modernisering maar biedt geen fundamentele herbezinning of definiëring ten aanzien van de plaats en inhoud van het insolventieprocesrecht binnen het burgerlijk procesrecht. Tot oproer of grote problemen dit niet. Het heeft er dan ook wel enigszins de schijn van dat de wetgever en Hoge Raad zich – wellicht niet geheel onbegrijpelijk – voornamelijk laten leiden door het motto: "If it ain't broken, don't fix it!"

M.C. van Genugten

Advocaat bij Pot Jonker Advocaten N.V. te Haarlem.

- 1) Concl. A-G Rank-Berenschot, 20 april 2018, ECLI:NL:PHR:2018:417 bij HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:100.
- 2) Concl. A-G Timmerman, 19 mei 2017, ECLI:NL:PHR:2017:529 bij HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1280.
- 3) HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1281, *Tvl* 2018/22, m.nt. Engberts.
- 4) HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1281, «*JOR*» 2017/306, m.nt. Tekstra.
- 5) HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:488, «*JOR*» 2017/183, m.nt. Van Eeden-Harskamp.

- 6) HR 25 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:774, «JOR» 2018/198, m.nt. Van Tilburg.
- 7) HR 9 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1064, «JOR» 2017/331, m.nt. Noordam.
- 8) HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2833, «JOR» 2017/25, m.nt. Faber.
- 9) Zie ook HR 21 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:415, *NJ* 2015/82, «JOR» 2014/119, m.nt. Schuijling (Neo-River).
- 10) HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3636, «JOR» 2016/145, m.nt. Jansen.
- 11) HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3269, «JOR» 2018/84, m.nt. Jansen.
- 12) HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3143, «JOR» 2018/104, m.nt. Kraaiipoel.
- 13) Art. 289 is via art. 362 Rv ook in hoger beroep van toepassing.
- 14) HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3269, «JOR» 2018/84, m.nt. Jansen.
- 15) HR 8 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3110, «JOR» 2018/102, m.nt. Van Galen.
- 16) Het gaat hierbij wel alleen om beslissingen waartoe de rechter(-commissaris) op grond van de tweede titel van de Faillissementswet uitdrukkelijk wordt geroepen (HR 20 juni 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4606, *NJ* 1984/270).
- 17) HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1100.
- 18) HR 3 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2808, «JOR» 2018/50, m.nt. Zijderveld.
- 19) HR 28 september 2018, ECLI:NL:2018:1799, *NJB* 2018/1827.
- 20) HR 3 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1387, *NJ* 1995, 341 (Antillen/Komdeur).
- 21) HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2577, «JOR» 2017/52, m.nt. Bijloo.
- 22) HR 8 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3110, «JOR» 2018/102, m.nt. Van Galen.
- 23) Zie voor een overzicht de noot van Van Galen in «JOR» 2018/2012.
- 24) HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2997, «JOR» 2017/115.
- 25) HR 8 april 2016, *NJ* 2016/221, «JOR» 2016/180, m.nt. Bijloo.
- 26) Zoals bepaald in HR 21 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS3534, «JOR» 2005/104 en ECLI:NL:HR:2005:AR3406, «JOR» 2005/105, m.nt. Abendroth (Jomed I en Jomed II).
- 27) HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:286, «JOR» 2016/282.
- 28) HR 22 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1819, *NJ* 1997/339.
- 29) HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1281, «JOR» 2017/305, m.nt. Tekstra, in samenhang met HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1280.
- 30) HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3253, *NJ* 2018/46.
- 31) HR 15 maart 2013, «JOR» 2013/189, m.nt. Hoogenboezem (Van Schijndel/Hoppenbrouwers q.q.).