

Open dit document in PDF formaat
23-04-2020

Kroniek Insolventieprocesrecht

In oktober 2018 verscheen van deze auteur in FIP de Kroniek Insolventieprocesrecht waarin uitspraken van de Hoge Raad op het gebied van het insolventieprocesrecht in de periode 2016 tot en met 2018 werden besproken. De tijd heeft niet stilgestaan en naast het verschijnen van nieuwe jurisprudentie is er ook op andere fronten toenemende aandacht geweest voor het insolventieprocesrecht. Wellicht het hoogtepunt van deze trend is dat het INSOLAD-jaarcongres begin 2020 en de daar gepresenteerde congresbundel geheel in het teken stonden van dit onderwerp. De aanwezigen kregen van één der sprekers ook de bevestiging dat het insolventieprocesrecht simpelweg 'sexy' is. Dit valt uiteraard niet te ontkennen en een nieuwe kroniek is daarom op zijn plaats. In deze bijdrage wordt stilgestaan bij (een selectie van) uitspraken van de Hoge Raad en lagere rechters in de periode vanaf ongeveer eind 2019 tot en met februari 2020. Sommige oudere uitspraken die niet in de eerdere kroniek zijn opgenomen worden ook meegenomen.

I. De procedure tot faillietverklaring

Oproeping

In geval van faillietverklaring op verzoek van een schuldeiser dient de schuldenaar te worden opgeroepen. Waar staat welke termijn voor die oproeping moet worden gehanteerd? Nergens, zo bevestigt de Rechtbank Den Haag in een uitspraak van 15 mei 2018.¹ De Faillissementswet en het procesreglement noemen namelijk geen termijn. Art. 276 Rv bepaalt voor verzoekschriftprocedures dat de termijn één week is. Maar art. 362 lid 2 Fw sluit toepasselijkheid van de gehele titel 3 van boek 1 Rv en dus ook art. 276 Rv uit. Moet art. 276 Rv wellicht analoog worden toegepast? Volgens de rechtbank, die zich baseert op een uitspraak van Hoge Raad in 2007² is dat niet de bedoeling. Of sprake is van tijdige oproeping is dan ook volledig afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Een oproeping op een termijn van zes dagen, waarbinnen een HemelvaartswEEKEND valt, en die plaatsvindt door achterlating van een gesloten envelop, kan volgens de rechtbank niet als een tijdige oproeping worden beschouwd. Ik onderschrijf de gekozen 'flexibele' benadering van de rechtbank. Gelet op de verstrekkende gevolgen van faillietverklaring is het wenselijk als de rechter verschillende omstandigheden in aanmerking mag nemen om tot het oordeel te kunnen komen of in een concreet geval de schuldenaar voldoende mogelijkheden heeft gekregen om de oproeping in ontvangst te nemen en actie te ondernemen. Ik onderschrijf de redenering van de rechtbank echter niet omdat de mogelijkheid van analoge toepassing van bepalingen uit verschillende titels van boek 1 Rv de laatste jaren in literatuur en jurisprudentie juist wél wordt aangenomen, voor zover die toepassing niet conflicteert met het bijzondere karakter van de procedure in het kader van de

Faillissementswet.³ Met het als uitgangspunt nemen van de termijn van één week lijkt mij dus niet veel mis. Overigens bepaalt voor een natuurlijk persoon het huidige procesreglement verzoekschriftprocedures in insolventiezaken dat de schuldenaar er in de oproeping op wordt gewezen dat hij binnen een termijn van veertien dagen na de oproeping een verzoek kan doen om tot de schuldsaneringsregeling te worden toegelaten. De faillietverklaring zal in dat geval niet behoren te volgen voor het verstrijken van deze termijn. Dit laat naar mijn mening onverlet dat er onder omstandigheden voor gekozen kan worden om in de oproeping een kortere termijn van bijvoorbeeld zeven dagen te vermelden.

Pluraliteit van schuldeisers

De Hoge Raad heeft in 2017 nog eens luid en duidelijk bevestigd dat strikt de hand gehouden dient te worden aan het pluraliteitsvereiste⁴. Het doel van een faillissement is de verdeling van het vermogen van de failliet onder zijn schuldeisers. Daarmee strookt volgens de Hoge Raad niet dat faillietverklaring zou kunnen volgen als er slechts één schuldeiser zou zijn. Op (het handhaven van) het pluraliteitsvereiste is veel kritiek. Het werkt de (selectieve) betaling van mogelijke steunvorderingen in de hand waarna de wanbetalende schuldenaar een lange neus kan maken naar de aanvrager van het faillissement. Dat de Hoge Raad geen reden ziet om enige soepelheid te betrachten bij toepassing van het pluraliteitsvereiste blijkt echter nogmaals uit het arrest *Staat der Nederlanden/X* van 26 oktober 2018.⁵ In deze zaak meende de Staat als aanvrager van het faillissement dat aan het pluraliteitsvereiste is voldaan wanneer zowel het bestaan van een door de Staat opgelegde bestuurlijke boete als het bestaan van een vordering van de Belastingdienst wordt aangetoond. De Hoge Raad wil daar echter niets van weten. De Belastingdienst is onderdeel van de Staat en heeft geen eigen rechtspersoonlijkheid. De Belastingdienst is dus niet te beschouwen als een van de Staat te onderscheiden schuldeiser in de zin van de Faillissementswet. Aan het pluraliteitsvereiste is niet voldaan als verschillende (bestuurs)organen of onderdelen van de Staat die geen rechtspersoonlijkheid hebben verschillende vorderingen hebben.

Via de uitspraak van de Hoge Raad van 15 maart 2019⁶ moest ook worden vastgesteld of sprake was van pluraliteit van schuldeisers of niet. Er werd verweer gevoerd tegen de faillissementsaanvraag door het bestaan van een steunvordering te betwisten. Deze steunvordering zou namelijk zijn verrekend. Probleem was alleen dat aan de schuldeiser van de steunvordering eerder een schone lei was toegekend in het kader van een doorlopen WNSP-regeling. De vordering op deze schuldeiser die werd gebruikt voor het verrekeningsverweer was dus niet langer afdwingbaar op grond van art. 358 lid 1 FW maar slechts een natuurlijke verbintenis. Kan in dat geval worden verrekend? Nee, volgens de Hoge Raad. Art. 6:131 lid 1 BW, dat bepaalt dat een verjaarde vordering wel kan worden gebruikt bij een verrekeningsverweer, vindt echter geen analoge toepassing op een niet afdwingbare vordering ex art. 358 lid 1 Fw. Een beroep op niet-verrekenbaarheid kan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid wel onaanvaardbaar zijn maar daarop was geen beroep gedaan. Er was ondanks de tegenvordering in de vorm van een natuurlijke verbintenis dus wél sprake van pluraliteit van schuldeisers.

Verzet tegen faillietverklaring

Ietwat schrijnend is de casus die ten grondslag ligt aan de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 13 mei 2019.⁷ Daar werd door de bij verstek failliet verklaarde schuldenaar verzet ingesteld tegen zijn faillietverklaring en werd met de aanvrager terstond een regeling getroffen. Hierop bevestigde deze (zo begrijp ik de uitspraak) in te stemmen met vernietiging. Conform het arrest *HSK/Bosma*⁸ is het verzet dan kat in het bakkie. Om onduidelijke redenen kon de schuldenaar echter, ook na een aanhouding, niet aantonen dat ook voor de salariskosten van de curator gelden beschikbaar waren gesteld. Dit vormde reden voor de rechtbank om het verzet af te wijzen en de faillietverklaring in stand te laten. Met Van Ham in zijn annotatie bij deze uitspraak in «JOR»⁹ lijkt mij dit niet juist, omdat in *HSK/Bosma* de Hoge Raad – kort gezegd – juist bepaalt dat de strekking van verzet (anders dan hoger beroep) is dat de verweerder de mogelijkheid moet krijgen om alsnog te verschijnen in het geding en dit voort te zetten in de stand waarin het zich bevond. De

eis van het moeten voldoen van de pas later ontstane faillissementskosten verdraagt zich daar niet mee. De wet voorziet verder via art. 15 lid 3 Fw in de regeling dat met het slagen van het verzet de rechter de schuldenaar, de aanvrager of beide kan veroordelen om de kosten van de curator te betalen, waarna deze over een executoriale titel beschikt om zijn vordering te verhalen.

Misbruik van recht/bevoegdheid

Wanneer wel voldaan is aan de normale vereisten om tot faillietverklaring over te gaan kunnen er toch nog belemmeringen zijn voor een rechter om de faillietverklaring uit te spreken. Er kan sprake zijn van misbruik van recht of misbruik van bevoegdheid. De Rechtbank Den Haag oordeelde op 3 januari 2019¹⁰ dat SecurCash misbruik maakte van haar bevoegdheid door over te gaan tot eigen aangifte van faillietverklaring. De rechtbank stelde vast dat er weliswaar zware verliezen werden geleden maar er nog voldoende liquiditeit was om op korte termijn lopende schulden te voldoen. Alleen de substantiële en oplopende *intercompany* vorderingen zouden nooit betaald kunnen worden. De bedoeling van de eigen aangifte was volgens de rechtbank het afwikkelen c.q. doen staken van de onderneming maar volgens de rechtbank zou de vennootschap hiertoe ook de weg van vereffening ex art. 2:19 BW kunnen kiezen. De keuze voor een eigen aangifte lijkt op een poging om op eenvoudige weg van duurovereenkomsten zoals circa 180 arbeidsovereenkomst af te komen. De uitspraak gaat naar mijn mening uit van wantrouwen van de rechtbank jegens het bestuur en aandeelhouders van SecurCash en wellicht ook de aangestelde beoogde curatoren. Gelet op de hopeloos verlieslijdende bedrijfsvoering, de hoge schuldenlast en het ontbreken van enig toekomstperspectief bestond er geen juridisch knelpunt om tot faillietverklaring over te gaan. Aan SecurCash werd een dag later alsnog surseance van betaling verleend waarna weer enkele dagen later alsnog omzetting in faillissement volgde.

Een ietwat spiegelbeeldige casus komt langs in de uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch van 1 augustus 2019.¹¹ Een schuldeiser vraagt op basis van een vordering waarvan de exacte hoogte betwist werd het faillissement aan van een gezonde onderneming met voldoende liquiditeit. De schuldeiser wist echter, als boekhouder van de schuldenaar, dat de onderneming in feite gezond was. In eerste aanleg verschijnt de failliet zonder rechtsbijstand op de zitting en wordt failliet verklaard. Ten onrechte, want in hoger beroep stelt het hof echter vast dat nu sprake is van een gezonde onderneming en slechts een geschil bestond over de hoogte van de vordering van de aanvrager sprake is van *'misbruik van recht/bevoegdheid, door in de gegeven omstandigheden een onevenredig zwaar middel (een faillissementsaanvraag) in te zetten, terwijl er juist in deze zaak een goed juridisch alternatief was in de vorm van het entameren van een bodemzaak en eventueel beslaglegging.'*

Ook sprake van misbruik van recht bij een eigen aangifte is er volgens de Rechtbank Rotterdam¹² in de situatie waarbij er geen te verdelen vermogen is, maar het faillissement kennelijk alleen wordt aangevraagd met als doel de curator een procedure tegen een derde te laten voeren. Die derde is tevens de (nagenoeg enige) schuldeiser in het faillissement. Er is in dit geval volgens de rechtbank een onevenredigheid tussen het belang van de aangever tot faillietverklaring en het belang van de curator om verschoond te blijven van een faillissement waarin op voorhand vaststaat dat alle kosten voor rekening van de curator zullen blijven. De rechtbank overweegt bij de afwijzing van het verzoek verder dat er ook geen derden zoals werknemers zijn die belang hebben bij een faillissement en turboliquidatie ex art. 2:19 BW ook mogelijk is. Volgens Rikkert in zijn noot in «JOR» bij deze uitspraak is de Rechtbank Rotterdam, mede onder verwijzing naar een eerdere uitspraak van deze rechtbank uit 2018,¹³ te voortvarend met afwijzen van de eigen aangifte tot faillietverklaring op de grond dat de boedel leeg lijkt te zijn. In literatuur wordt ook aangenomen dat de curator steeds eerst grondig onderzoek dient te verrichten alvorens de conclusie kan worden getrokken dat er geen te verdelen vermogen is. Ik weet niet of ik dit volledig onderschrijf. Juist is dat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat in geval van verzet door de curator op de grond dat de boedel leeg is, de curator op basis van de resultaten van zijn eigen onderzoek dit dient te bevestigen.¹⁴ Ook in geval van een aanvraag op verzoek van een schuldeiser dient eerst een (grondig) onderzoek van de curator beschikbaar te komen alvorens geoordeeld zou kunnen worden dat er geen baten zijn voor schuldeisers.¹⁵ In geval van beoordeling van een eigen aangifte ligt dat volgens mij toch iets genuanceerder. Ik meen dat er ruimte bestaat voor de rechter om

op basis van de door de schuldenaar zelf aan haar gepresenteerde (onderbouwde) gegevens bij een eigen aangifte vast te stellen dat er geen onder de schuldeisers te verdelen vermogen bestaat en rekening houdend met de kosten van een nodeloos aan te stellen curator, de faillietverklaring te weigeren op grond van misbruik van bevoegdheid.¹⁶

Naast misbruik van recht of van bevoegdheid bij de aanvraag van een faillissement kan het aanvragen van een faillissement volgens het Gerechtshof Amsterdam ook naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.¹⁷ ABN Amro had op een particulier een vordering uit hoofde van een borgtocht en vroeg diens faillissement aan. Dit leidde tot toepassing van de WSNP die met een schone lei werd afgesloten. Nadien werd de bank alsnog aansprakelijk gesteld en gedagvaard door de borg. Het gerechtshof oordeelt uiteindelijk dat de bank haar zorgplicht heeft geschonden bij het aangaan van de borgstelling, omdat duidelijke aanwijzingen bestonden dat de borg de aangegane verplichtingen nooit zou kunnen nakomen en de bank desondanks geen nader onderzoek heeft verricht. Gelet op de schending van de zorgplicht is het volgens het gerechtshof naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat, na uitwinning van de zekerheden van de hoofdschuldenaar, de bank de (restant)vorderingen ten grondslag legt aan een verzoek tot faillietverklaring van de borg. Alhoewel deze uitspraak gaat over de aansprakelijkheid van de bank achteraf, zou de faillissementsrechter zich op basis van deze redenering ook kunnen onthouden van de faillietverklaring. De schuldenaar zal ter zitting een zeer gemotiveerd betoog dienen te houden. Of dit snel gehonoreerd zal worden is de vraag. Duidelijk is echter dat er naast toetsing aan het leerstuk misbruik van recht/bevoegdheid voor de rechter ook enige ruimte lijkt te zijn voor een belangenafweging op basis van de redelijkheid en billijkheid.

II. Faillissement en lopende procedures (art. 27-30 Fw)

Er zijn de afgelopen periode in het faillissement van een bekende vastgoedondernemer te Dubai (wederom) veel interessante uitspraken door de Hoge Raad gedaan over art. 27 Fw die ik hier zal bespreken. Art. 27 Fw bepaalt dat een door de schuldenaar voor diens faillietverklaring gestarte procedure op verzoek van de wederpartij kan worden geschorst om de aangestelde curator op te roepen om de procedure over te nemen. Neemt de curator de procedure over, dan wordt de failliet van rechtswege buiten het geding geplaatst. In zijn uitspraak van 13 maart 2020¹⁸ bevestigt de Hoge Raad naar aanleiding van zijn eerdere arrest uit 2018¹⁹ dat de gefailleerde een rechtsmiddel kan instellen tegen de beslissing van de rechter in de lopende procedure dat de curator deze ex art. 27 Fw heeft overgenomen. Deze beslissing is namelijk voor de gefailleerde een bindende eindbeslissing. De betreffende beslissing wordt vaak niet expliciet als zodanig aangeduid door de rechtbank. In de casus die ten grondslag lag aan genoemde uitspraak van 13 maart 2020 had volgens de Hoge Raad voor de gefailleerde (althans diens advocaat) echter duidelijk moeten zijn dat de beslissing van de rechter besloten lag in de aantekening in het roljournaal dat de curator het geding overneemt. Vanaf dat moment ging voor de gefailleerde dus de termijn lopen voor het instellen van een rechtsmiddel. De Hoge Raad is hiermee wel erg streng, met name omdat de betreffende beslissing in 2017 werd genomen, terwijl pas naar aanleiding van het arrest uit 2018 duidelijk werd dat tegen een dergelijke beslissing een rechtsmiddel kon worden ingesteld.

Voor het instellen van het rechtsmiddel tegen de beslissing tot overname geldt naar kan worden afgeleid uit genoemde jurisprudentie van de Hoge Raad de termijn die van toepassing is op de onderliggende procedure. In een normale bodemprocedure is dat dus drie maanden. De door de Hoge Raad gecreëerde mogelijkheid om direct een rechtsmiddel in te stellen tegen de beslissing tot overname door de curator kan in de toekomst tot forse vertraging leiden voor de curator omdat het inhoudelijke geding in afwachting van de uitkomst van het rechtsmiddel over de overname van de procedure meestal zal worden stilgelegd.

Zodra (onherroepelijk) vaststaat dat de curator het geding rechtsgeldig heeft overgenomen op de voet van art. 27 Fw kan alleen de curator een rechtsmiddel instellen tegen de verdere inhoudelijke beslissingen van de rechter in het geding, zo bepaalde de Hoge Raad op 22 februari 2019.²⁰ Neemt de curator de procedure niet over dan mag de failliet op eigen houtje verder procederen, maar kan de wederpartij vragen om ontslag van instantie, om verschoond te blijven van een niet verhaalbare proceskostenveroordeling. Hierop kan de failliet

weer reageren door zekerheid te stellen voor de proceskosten, waarna het verzoek tot ontslag van instantie in beginsel wordt afgewezen. De wederpartij is verder niet verplicht om schorsing te vragen om de curator op te roepen maar mag dat te allen tijde doen. De Hoge Raad bepaalde op 30 november 2018²¹ dat het recht hiertoe niet vervalt indien de wederpartij het verzoek tot schorsing en oproeping ook al in een eerdere instantie had kunnen doen, maar om hem moverende reden daarmee heeft gewacht tot de volgende instantie. Schorsing kan ook in die omstandigheden zonder meer gevraagd worden, een afweging van de belangen van de wederpartij en de failliet (in verband met een eventuele zekerheidsstelling voor proceskosten) komt pas aan de orde indien de curator niet verschijnt, en de wederpartij om ontslag van instantie vraagt, aldus de Hoge Raad.

Op grond van art. 27 Fw heeft de curator verder niet het recht om een procedure direct te beëindigen, tegen de wil van de gefailleerde. De curatoren van genoemde vastgoedondernemer hanteerden echter een soort ‘sluiproute’ door op basis van art. 27 Fw een aanhangige procedure over te nemen, waardoor de gefailleerde buiten het geding kwam te staan, en de procedure vervolgens direct in te trekken. Dit om te voorkomen dat de gefailleerde nodeloos verder procedeert en de afwikkeling van het faillissement frustreert. De curatoren zullen daar goede gronden voor hebben gehad maar de rechtbank Noord-Holland oordeelt – mijns inziens terecht – dat deze sluiproute misbruik van bevoegdheid oplevert.²² De mogelijkheid de procedure ex art. 27 Fw over te nemen en voort te zetten wordt op die manier immers alleen benut om de procedure te beëindigen, ten koste van (de rechten van) de gefailleerde om die zelf te mogen voortzetten als de curator de procedure niet wenst over te nemen. De boedel kan in beginsel ook niet slechter worden van het door de gefailleerde vervolgen van een rechtsvordering die door de failliet was ingesteld. Op een voor de gefailleerde gunstige uitspraak kan ook de boedel zich beroepen.

Over de procedure waar bovengenoemde ‘sluiproute’ van overname en intrekking op werd toegepast werd ook door de Hoge Raad nog een interessante uitspraak gewezen. In casu betrof het een fiscale procedure, te weten een beroep tegen bepaalde fiscale aanslagen en een boete. De curatoren hadden voor hun handelswijze (overneming en intrekking van de beroepsprocedure) toestemming ex art. 68 lid 2 Fw gevraagd aan de rechter-commissaris en verkregen. De failliet en diens bestuurder stelden echter tegen de beschikking van de rechter-commissaris hoger beroep in op de voet van art. 67 Fw bij de rechtbank. De rechtbank verklaarde hen niet-ontvankelijk omdat op grond van vaste jurisprudentie²³ alleen diegene die het betreffende verzoek aan de rechter-commissaris heeft gedaan en diegene tot wie de beschikking van de rechter-commissaris zich richt ontvankelijk zijn. In cassatie beslist de Hoge Raad echter dat in dit geval het hoger beroep ex art. 67 Fw toch ook dient open te staan voor de gefailleerde. De redenering hierbij is dat omdat het hier gaat om fiscale procedures die door de curator worden overgenomen, de uitkomst hiervan – ook na beëindiging van het faillissement – bindend is voor de gefailleerde. Hij kan deze vorderingen binnen de faillissementsprocedure niet betwisten, zoals dat bij ‘gewone’ vorderingen wel mogelijk is op de voet van art. 126 Fw. Door de wijze waarop de curatoren het beroep wensen in te trekken ontbreekt een waarborg dat rekening wordt gehouden met de belangen van de gefailleerde. Een behoorlijke rechtsbescherming brengt dan volgens de Hoge Raad mee dat de beschikking tot overname en intrekking van de fiscale procedure bij wijze van uitzondering op de voet van art. 67 Fw voor hoger beroep vatbaar dient te zijn.²⁴

Overigens wordt uit deze uitspraak en die van de rechtbank Noord-Holland ook duidelijk dat fiscale boetes, die naast de aanslagen ook onderwerp waren van de beroepsprocedure, niet onder het regime van art. 27-30 Fw vallen. Deze artikelen zien niet op strafrechtelijke en daarmee gelijk te stellen sancties. De curator heeft niet de bevoegdheid de procedure voor zover deze hierop betrekking heeft, over te nemen, met buiten geding stelling van de schuldenaar. In zijn uitspraak van de Hoge Raad van 12 maart 2020 verduidelijkt de Hoge Raad in zijn algemeenheid ook dat rechtsvorderingen die een niet tot de boedel behorend recht of onderwerp hebben, niet onder de regeling van art. 27-30 Fw vallen. Niet relevant is daarbij dat de vorderingen de boedel (indirect) wel raken. In casu ging het om de vraag of een rectificatievordering die door een natuurlijk persoon was ingesteld door de curator kon worden overgenomen ex art. 27 Fw. De Hoge Raad bevestigt dat gelet op het hoogstpersoonlijke karakter van deze vordering deze niet door de curator kan worden overgenomen, ook niet als de vordering tezamen met een vordering tot betaling van schadevergoeding – die wel door de curator kan worden overgenomen – is ingesteld.²⁵ De procedure valt dan dus uiteen in twee separate procedures, waarvan de curator bij de ene wel partij is en bij de andere niet.

Via art. 8:22 Awb is art. 27 Fw ook van toepassing op bestuursrechtelijke procedures. Dit betekent dat niet alleen de Hoge Raad maar ook de Raad van State (RvS), Centrale Raad van Beroep (CRvB) en het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB) zich in hoogste ressort mogen uitlaten over de uitleg en toepassing van art. 27 Fw. Het uitgangspunt is dat deze colleges zich hierbij richten naar de civielrechtelijke jurisprudentie van de Hoge Raad²⁶. Toch is de toepassing in bestuursrechtelijke procedures anders zoals wordt geïllustreerd door een uitspraak van het CBB van 15 oktober 2019.²⁷ Het CBB bevestigt hierin op basis van eerdere jurisprudentie dat indien de curator na ex art. 27 Fw te zijn opgeroepen de procedure niet overneemt, een verzoek tot ontslag van instantie van de wederpartij wordt gehonoreerd, tenzij de gefailleerde ‘*een gegronde reden heeft de procedure voort te zetten*’. Dit is een heel andere belangenafweging dan in civielrechtelijke jurisprudentie van de Hoge Raad bij toepassing van art. 27 Fw. De Hoge Raad gaat er immers van uit dat de gefailleerde zonder meer een belang heeft om een uitspraak te verkrijgen op de door hem ingestelde rechtsvordering. De gefailleerde hoeft alleen – meestal via zekerheidsstelling – ervoor te zorgen dat de wederpartij niet onevenredig wordt geschaad in zijn belangen door het geding te moeten voortzetten tegen een failliete tegenpartij. De rechtsbescherming die de Hoge Raad de gefailleerde op deze manier biedt is dus verstrekkender dan waartoe de bestuursrechtelijke colleges bereid zijn. Dat toepassing van de regels over lopende procedures zoals neergelegd in de art. 27-30 Fw verder niet altijd eenvoudig is blijkt uit een uitspraak van de Hoge Raad van 6 december 2019.²⁸ Het hof had in hoger beroep tot tweemaal toe geoordeeld dat bepaalde vorderingen die onderwerp van hoger beroep waren gelet op art. 29 Fw geschorst waren. Geïntimeerde was in haar memorie van grieven dan ook niet ingegaan op dit deel van de vorderingen, maar voerde wel aan dat de vorderingen onder de reikwijdte van art. 28 Fw vielen en niet geschorst waren, met het verzoek hierop alsnog te mogen reageren. Het hof oordeelde uiteindelijk dat de vorderingen inderdaad onder het regime van art. 28 Fw vielen en niet waren geschorst en beoordeelde deze ook inhoudelijk. Volgens de Hoge Raad was dit een schending van het beginsel van hoor en wederhoor. Geïntimeerde had gelet op de eerdere (onjuiste) beslissingen van het hof dat de vorderingen geschorst waren, van het hof gelegenheid moeten krijgen om naar aanleiding van het gewijzigde standpunt van het hof alsnog inhoudelijk te reageren.

III. IPR

In zijn uitspraak van 18 januari 2019 in de *Yukos-zaak*²⁹ moest de Hoge Raad oordelen over de erkenning van een Russisch faillissementsvonnis. Volgens het toepasselijke commune internationaal privaatrecht moet een buitenlands vonnis in Nederland worden erkend mits voldaan is aan een viertal voorwaarden. Allereerst dient de bevoegdheid van de rechter die de beslissing heeft gegeven te berusten op een grond die naar internationale maatstaven algemeen aanvaardbaar is. Verder dient de beslissing tot stand te zijn gekomen in een procedure die voldoet aan de eisen van behoorlijke rechtspleging. De erkenning mag verder niet in strijd te zijn met de Nederlandse openbare orde. De laatste voorwaarde houdt in dat de buitenlandse beslissing niet onverenigbaar mag zijn met een andere tussen dezelfde partijen gegeven beslissing. Met deze voorwaarden wordt beoogd te voorkomen dat een buitenlandse beslissing die naar de wijze van totstandkoming of naar de inhoud in strijd is met fundamentele beginselen en waarden van de Nederlandse rechtsorde, in Nederland werking krijgt. Bij de toets of aan deze voorwaarden is voldaan geldt, aldus de Hoge Raad, niet het beginsel van wederzijds vertrouwen in de rechtsbedeling van de staat van herkomst, dat ten grondslag ligt aan internationale regelingen over erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse beslissingen. De rechter hoeft dus niet terughoudend te zijn bij het toetsen aan de genoemde voorwaarden. De rechter mag aan de andere kant de erkenning niet weigeren op de grond dat de beslissing onjuist is; een *révision au fond* is niet toegestaan. Dit laat echter onverlet dat de inhoud en totstandkoming van de uitspraak betrokken mogen worden in de toetsing of geen sprake is van strijd met fundamentele rechtsbeginselen. In casu had het gerechtshof geoordeeld dat het vonnis niet erkend moest worden wegens strijd met de Nederlandse openbare orde omdat (onder andere) de Russische Autoriteiten belastingregels hadden geschonden met het kennelijke oogmerk om betalingsonmacht en uiteindelijk het faillissement van Yukos Oil uit te lokken. Deze omstandigheden, die niet rechtstreeks zagen op de totstandkoming van het

faillissementsvonnis, maar zien op handelingen in procedures die daaraan voorafgingen, mocht het hof volgens de Hoge Raad betrekken in zijn oordeel omtrent de erkenning van het faillissementsvonnis. Het feit dat Yukos Oil in Rusland niet alle rechtsmiddelen had benut tegen het faillissementsvonnis vormt volgens de Hoge Raad ook geen belemmering om de erkenning te weigeren, nu uitgangspunt is dat de beschikbare rechtsmiddelen kansloos of zinloos lijken te zijn geweest.

IV. Zekerheidsstelling

Ik kom terug op genoemde in Dubai, Verenigde Arabische Emiraten verblijvende vastgoedondernemer en zijn echtgenote, bekende personen binnen het insolventieprocesrecht. Beiden zijn tezamen met vele vennootschappen binnen hun concern in Nederland failliet verklaard. Het opstarten van procedures op basis van de Faillissementswet vanuit Dubai leidde tweemaal tot een oordeel van de Hoge Raad of verlangd kan worden dat een ‘vreemdeling’ die in Nederland een procedure op basis van de Faillissementswet opstart, zekerheid stelt voor een proceskostenveroordeling conform het bepaalde in art. 224 Rv. De Hoge Raad bevestigt dat dit het geval is. In de eerste uitspraak van de Hoge Raad³⁰ beperkte hij zich tot de situatie waarbij derdenverzet ex art. 10 Fw wordt ingesteld. In de tweede uitspraak³¹ ging het om een procedure ex art. 69 Fw en maakt de Hoge Raad meer in algemene zin duidelijk dat art. 224 Rv, alhoewel strikt genomen alleen van toepassing op dagvaarding- en vorderingsprocedures, ook in andere procedures, zoals procedures op basis van de Faillissementswet, ‘van overeenkomstige’ toepassing is. Dit bevestigt het in punt I van dit artikel onder ‘oproeping’ aangehaalde, te weten dat de mogelijkheid van analoge toepassing van bepalingen uit verschillende titels van boek 1 Rv de laatste jaren in literatuur en jurisprudentie juist wél wordt aangenomen, voor zover die toepassing niet conflicteert met het bijzondere karakter van de procedure in het kader van de Faillissementswet.

V. Overig

In het insolventieprocesrecht zijn de termijnen kort en is de beschikbaarheid van rechtsmiddelen afwijkend van die in het commune procesrecht. Er gaat dan wel eens wat mis en daar moet niet onnodig formalistisch over worden gedaan. Een verzoeker stelde ex art. 67 Fw binnen de geldende termijn van vijf dagen hoger beroep in tegen een beschikking van de rechter-commissaris maar deed dat wat slordig door een fax te sturen aan ‘Rechtbank Gelderland, Afdeling civiel, T.a.v. mr. E. Schippers, Rechter-commissaris (...) Zutphen’. De griffie stuurde de fax een dag later door aan de juiste afdeling en locatie van de rechtbank die constateert dat het beroepsschrift te laat is ontvangen dan wel bij de verkeerde instantie is ingediend, namelijk bij de rechter-commissaris in plaats van de rechtbank en bij de verkeerde locatie. Verzoeker wordt niet ontvankelijk verklaard en gaat in cassatie. De Hoge Raad gaat niet mee in het formalisme van de rechtbank.³² Uit de inhoud van het beroepsschrift bleek dat bedoeld was bij de rechtbank hoger beroep in te stellen tegen de beslissing van de rechter-commissaris. Bij indiening bij een verkeerd gerecht, laat staan de verkeerde locatie, moet het stuk worden doorgezonden aan het juiste gerecht waarbij het tijdstip van indiening bij het verkeerd gerecht bepalend is voor de ontvankelijkheid van het hoger beroep. De rechtbank mocht verzoeker dus niet-ontvankelijk verklaren, aldus de Hoge Raad.

Het Gerechtshof Den Haag werd geconfronteerd met een vordering die mede was ingesteld door een vennootschap wier faillissement was beëindigd door opheffing wegens gebrek aan baten. Kan die vennootschap daarna nog als procespartij optreden? Volgens het gerechtshof wel.³³ De opheffing wegens gebrek aan baten heeft geleid tot ontbinding van de vennootschap (art. 2:19 lid 1 sub c BW). Gelet op art. 2:19 lid 4 BW houdt een rechtspersoon echter pas op te bestaan als er geen baten meer zijn. De vaststelling door de rechtbank bij de opheffing dat er geen baten waren impliceert enkel dat de rechtbank op dat moment meende dat er onvoldoende baten waren om voor de voldoening van de faillissementskosten en boedelschulden. De vennootschap is aan dit oordeel niet gebonden. Of er wellicht toch nog een bate is, zoals

de vennootschap stelt, moet uit de ingestelde procedure juist blijken en er kan niet op voorhand van worden uitgegaan dat dit niet het geval is. Om weer te kunnen optreden in rechte is verder geen heropening van de vereffening nodig ex art. 2:23c BW. Aangezien de bestuurder al die tijd in functie is gebleven en in staat de vereffening (verder) voort te zetten is heropening van de vereffening door de rechtbank met aanstelling van een vereffenaar niet vereist.

De laatste te bespreken uitspraak is die van de Rechtbank Midden-Nederland van 6 september 2019³⁴ en handelt (voor zover hiervan van belang) over de onafhankelijkheid van de rechter. Verzoeker had de rechtbank gevraagd om ex art. 73 Fw de curatoren in een faillissement te vervangen. Verzoeker had er hierbij bezwaar tegen gemaakt dat dit verzoek zou worden behandeld door leden van de rechtbank die zelf als rechter-commissaris optreden in zaken waarin dezelfde curatoren aangesteld zijn, omdat deze niet onpartijdig zouden zijn. De rechtbank reageert vrij principiële en uitgebreid op dit punt. Zij concludeert dat uit de Faillissementswet nu eenmaal voortvloeit dat leden van de rechtbank ook tot rechter-commissaris worden benoemd. Zij behoren tot dezelfde organisatie maar dat betekent op grond van vaste jurisprudentie niet dat zij niet onpartijdig zijn. De rechtbank erkent dat met name de situatie waarbij de rechtbank een beslissing van een rechter-commissaris moet beoordelen kritiek oogst. De wetgever heeft echter ondanks voorstellen van INSOLAD de wet op dit punt niet aangepast, bijvoorbeeld bij gelegenheid van de Wet Modernisering Faillissementsprocedure. In deze situatie is een en ander ook verder niet aan de orde omdat geen eerdere beslissing van een rechter-commissaris wordt getoetst door de rechtbank. De werkrelatie tussen de rechtbank en een benoemde curator over wiens ontslag moet worden geoordeeld is verder niet zodanig dat de rechtbank niet zou kunnen oordelen over het verzoek tot ontslag. Kortom, een rechter die rechter-commissaris is in andere zaken waarin met dezelfde curator wordt samengewerkt, kan als onafhankelijke rechter oordelen over een ontslagverzoek. Duidelijk is echter wel dat ook de rechtbank de situatie zoals die nu is niet in alle omstandigheden als erg gelukkig beschouwt. Zonder ingrijpen van de wetgever kan hieraan in haar visie niet veel worden gedaan, omdat een rechter gehouden is recht te spreken en dit alleen in geval van een algemeen te rechtvaardigen verschoningsgrond, die in dit geval niet aanwezig is, mag weigeren.

VI. Afsluiting

Het zal duidelijk zijn dat er meer recente relevante ontwikkelingen zijn die aandacht verdienen dan alleen de hier besproken jurisprudentie, maar waarvoor in deze bijdrage geen ruimte is. Ik denk dan met name aan de eerste ervaringen op basis van de inmiddels in werking getreden Wet Modernisering Faillissementsprocedure en de gevolgen van de toekomstige inwerkingtreding van de Wet homologatie onderhands akkoord en wellicht de Wet overgang van onderneming in faillissement, met alle toekomstige nieuwe procedurele spelregels. Mijns inziens zal blijken dat uit deze wetswijzigingen wederom veel nieuwe procedurele vragen naar voren zullen komen. Naast de reguliere ontwikkelingen die het insolventieprocesrecht zal ondergaan via de gebruikelijke jurisprudentie zal het insolventieprocesrecht dan ook de komende jaren zonder meer de schijnwerpers op zich gericht weten.

M.C. van Genugten
Advocaat te Amsterdam.

- 1) Rb. Den Haag, 15 mei 2018, [ECLI:NL:RBDHA:2018:5840](#), «JOR» 2019/41 (*Boomaars q.q./X*).
- 2) HR 12 oktober 2007, [ECLI:NL:HR:2007:BA7958](#), NJ 2007/622 (r.o. 3.4.1).
- 3) O.a. A. van Hees in zijn noot onder HR 11 oktober 2019, «JOR» 2020/49, Concl. A-G Rank-Berenschot, 20 april 2018, [ECLI:NL:PHR:2018:417](#) bij HR 6 juli 2018, [ECLI:NL:HR:2018:100](#), B.J. Engberts, *Tvl* 2018/22, noot bij HR 7 juli 2017, [ECLI:NL:HR:2017:1281](#).
- 4) HR 24 maart 2017, [ECLI:NL:HR:2017:488](#), «JOR» 2017/183, m.nt. Van Eeden-Harskamp.

- 5) HR 26 oktober 2018, [ECLI:NL:HR:2018:1988](#), «JOR» 2019/22, m.nt. Kortmann.
- 6) HR 15 maart 2019, [ECLI:NL:HR:2019:377](#), «JOR» 2019/145, m.nt. Faber (*X/Entzinger q.q. en Fousert q.q.*).
- 7) Rb. Rotterdam, 13 mei 2019, [ECLI:NL:RBROT:2019:4003](#), «JOR» 2019/233, m.nt. Ham.
- 8) HR 5 juni 2015, [ECLI:NL:HR:2015:1473](#), «JOR» 2015/311, m.nt. Bijlo.
- 9) «JOR» 2019/233, m.nt. Ham.
- 10) Rb. Den Haag, 3 januari 2019, [ECLI:NL:RBDHA:2019:29](#), «JOR» 2019/69, m.nt. Loesberg (*SecurCash*).
- 11) Hof 's-Hertogenbosch, 1 augustus 2019, [ECLI:NL:GHSHE:2019:2920](#), «JOR» 2020/40, m.nt. Rikkert.
- 12) Rb. Rotterdam, 2 mei 2019, [ECLI:NL:RBROT:2019:5048](#), «JOR» 2020/39, m.nt. Rikkert.
- 13) Rb. Rotterdam 9 januari 2018, [ECLI:NL:RBROT:2018:784](#), «JOR» 2018/108, m.nt. Jansen.
- 14) HR 18 december 2015, «JOR» 2016/145, m.nt. Jansen (*Hoeksma q.q./RM Trade*), r.o. 4.7.2 en HR 22 december 2017, «JOR» 2018/84, m.nt. Jansen (*Boersen/Stichting Bpf*).
- 15) HR 10 november 2000, [ECLI:NL:HR:2000:AA8255](#), NJ 2001/249, m.nt. Van Schilfgaarde (*Dantumadeel*).
- 16) Zie ook HR 28 juni 2013, [ECLI:NL:HR:2013:48](#), NJ 2013/365, «JOR» 2014/209, en de verwijzing naar dit arrest in r.o. 4.7.1 van *Hoeksma q.q./RM Trade*.
- 17) Hof Amsterdam, 18 december 2018, [ECLI:NL:GHAMS:2018:4783](#), «JOR» 2019/163 m.nt. Van Tilburg (*X en Y/ABN AMRO N.V.*).
- 18) HR 13 maart 2020, [ECLI:NL:HR:2020:416](#).
- 19) HR 6 juli 2018, [ECLI:NL:HR:2018:1100](#), «JOR» 2018/262, m.nt. Van Genugten.
- 20) HR 22 februari 2019, [ECLI:NL:HR:2019:274](#), «JOR» 2019/120, m.nt. Van Eeden-van Harskamp.
- 21) HR 30 november 2018, [ECLI:NL:HR:2018:2220](#), «JOR» 2019/47, m.nt. Van Genugten.
- 22) Rb. Noord-Holland 30 oktober 2018, [ECLI:NL:RBNHO:2018:9613](#), «JOR» 2019/119.
- 23) HR 15 maart 2013, [ECLI:NL:HR:2013:BY4558](#), NJ 2013/173 (*X/Hoppenbrouwers q.q.*).
- 24) HR 12 april 2019, [ECLI:NL:HR:2019:589](#), «JOR» 2019/207 m.nt. Van Genugten.
- 25) HR 12 maart 2020, [ECLI:NL:HR:2020:416](#).
- 26) CBb 13 november 2007, [ECLI:NL:CBB:2007:BB8366](#), ABRvS 30 mei 2018, [ECLI:NL:RVS:2018:1764](#).

- 27) CRvB 15 oktober 2019, [ECLI:NL:CBB:2019:497](#), «JOR» 2020/50, m.nt. M.C. van Genugten.
- 28) HR 6 december 2019, [ECLI:NL:HR:2019:794](#), «JOR» 2020/75, m.nt. M.P. van Eeden-van Harskamp.
- 29) HR 18 januari 2019, [ECLI:NL:HR:2019:54](#), «JOR» 2019/165, m.nt. Veder.
- 30) HR 11 januari 2019, «JOR» 2019/70, m.nt. Van Genugten (*X/Dekker q.q.*).
- 31) HR 11 oktober 2019, «JOR» 2020/49, m.nt. Van Hees (*X/Stadig en Schreurs q.q.*).
- 32) HR 25 januari 2019, «JOR» 2019/92, [ECLI:NL:HR:2019:108](#), m.nt. Kraaiipoel.
- 33) Hof Den Haag, 4 juni 2019, [ECLI:NL:GHDHA:2019:1317](#), «JOR» 2019/245, m.nt. Renssen.
- 34) Rb. Midden-Nederland, 6 september 2019, [ECLI:NL:RBMNE:2019:4391](#), «JOR» 2020/17.