

Faillissement en lopende procedures (art. 27 t/m 30 Fw): Een drietal draden uit de kluwen

Een onderzoek naar de gevolgen van faillietverklaring op arbitrage- en bindend adviesprocedures, op procedures met samenhangende vorderingen en op het instellen van rechtsmiddelen

mr. M.C. van Genugten¹

1. Inleiding

Tenzij het gaat om eenvoudige procedures is het vaak niet gemakkelijk voor curatoren, advocaten en (rol)rechters om snel de gevolgen van een faillissement voor een lopende procedure te overzien. Art. 27 t/m 30 Fw geven een regeling die moeilijk te begrijpen en incompleet is. Veel van wat heeft te gelden vloeit voort uit een kluwen van jurisprudentie, literatuur en wetsgeschiedenis. Voor het ontwaren daarvan is een artikel in een tijdschrift niet toereikend, in deze bijdrage zal daarom alleen op een paar voorkomende perikelen in geval van faillissement en lopende procedures worden ingezoomd namelijk: 1) de invloed van het faillissement op arbitrage- en bindend adviesprocedures 2) de situatie waarbij samenhang bestaat tussen vorderingen of procespartijen binnen één procedure en 3) het instellen van rechtsmiddelen na de faillietverklaring. Het doel is om ten aanzien van deze onderwerpen enig overzicht en helderheid te verschaffen.

Art. 27 t/m 30 Fw kunnen overigens met recht bestendig worden genoemd. Sinds de inwerkingtreding van de Faillissementswet op 1 september 1896 heeft er in geen van deze artikelen een wijziging plaatsgevonden. Feitelijk is de enige modernisering die heeft plaatsgevonden een aanpassing van de spelling van de artikelen in 2005.

Volgens de oorspronkelijke Memorie van Toelichting² is het ontwerpen van een goede regeling op het gebied van lopende procedures bepaald geen sinecure: *'De regeling van den invloed der faillietverklaring op aanhangige processen, waarin de schuldenaar hetzij als eischer, hetzij als gedaagde betrokken is, behoort tot de lastigste vraagstukken welke een goede faillietenwet heeft op te lossen.'* De regeling die tot 1896 gold en die geïntroduceerd werd in art. 813 Wetboek van Koophandel in 1838 vond in de ogen van de wetgevers van destijds dan ook geen genade. Daarover wordt opgemerkt: *'Het gevolg van deze soberheid, het blootstellen van een beginsel, zonder eenige ook de geringste vingerwijzing omtrent de toepassing,*

1. Mart van Genugten is werkzaam als advocaat bij Pot Jonker Advocaten te Haarlem.

2. Van der Feltz I, p. 365

is de grootst mogelijke verwarring in de jurisprudentie en eene hopeloze verdeeldheid onder de schrijvers.³

Geconstateerd zal worden dat de huidige regeling op punten ook onduidelijk en ontoereikend is. De geschiedenis heeft zich in de periode tussen 1896 en 2015 herhaald.

2. De regeling van art. 27 t/m 30 Fw

De regeling van art. 27 t/m 30 Fw hangt nauw samen met art. 25 en 26 Fw. Ruwweg komt deze op het volgende neer:

- Vorderingen op de gefailleerde die verifieerbaar zijn kunnen uitsluitend ter verificatie worden aangemeld (art. 26 Fw);
- Vorderingen op de gefailleerde die niet verifieerbaar zijn (zoals vorderingen tot ontbinding, vernietiging, een verklaring voor recht, revindicatie etc.) en vorderingen van de gefailleerde op derden worden ingesteld door of tegen de curator (art. 25 Fw);
- Aanhangige vorderingen tegen de gefailleerde die verifieerbaar zijn worden door faillietverklaring van rechtswege geschorst en kunnen alleen voortgezet worden als de vordering ter verificatie is ingediend en op de verificatievergadering wordt betwist. Degene die de vordering betwist zet dan de procedure voort, dat kan dus ook een andere crediteur zijn (art. 29 Fw);
- Aanhangige niet verifieerbare vorderingen tegen de gefailleerde worden op verzoek van de wederpartij geschorst om de curator op te roepen. Neemt de curator het geding niet over dan wordt de procedure tegen de gefailleerde voortgezet waarbij de uitspraak de boedel bindt (art. 28 Fw);
- Aanhangige vorderingen die door de gefailleerde zijn ingesteld worden op verzoek van de wederpartij geschorst om de curator op te roepen. Neemt de curator het geding niet over dan kan ontslag van instantie worden verleend of verder worden geprocedeerd tegen de gefailleerde waarbij de uitspraak de boedel bindt (art. 27 Fw);
- Indien een procedure ten tijde van faillietverklaring zodanig vergevorderd is dat de rechter alleen nog maar een uitspraak hoeft te doen, dan zijn de art. 27 t/m 29 niet van toepassing. Indien een tussenvonnissen wordt gewezen zijn art. 27 t/m 29 Fw wel weer van toepassing (art. 30 Fw).

Vorderingen die geen betrekking hebben op het vermogen van de schuldenaar dat onder het faillissement valt (zoals familierechten) vallen niet onder de regeling.

3. Van der Feltz I, p. 365

Art. 27 t/m 30 Fw zijn geschreven met het oog op een dagvaardingsprocedure. Veel andere procedures waren er in 1896 niet. De artikelen worden in de huidige tijd ook in andere procedures toegepast. Dat geldt bijvoorbeeld voor verzoekschriftprocedures⁴ en enquêteprocedures⁵. Voor bestuursrecht en fiscale procedures werken art. 25, 27 en 31 Fw door via art. 8:22 AWB.⁶

3. Arbitrage- en bindend adviesprocedures

Ten aanzien van arbitrage en bindend advies, waar in 1896 ook geen rekening mee is gehouden, geldt het volgende.

3.1. Arbitrage

In literatuur⁷ en jurisprudentie van lagere overheidsrechters⁸ en scheidsgerechten⁹ wordt aangenomen dat arbitrageprocedures niet anders moeten worden behandeld dan procedures voor overheidsrechters. Deze redenering wordt soms gebaseerd op het oordeel van de Hoge Raad dat faillietverklaring geen invloed uitoefent op forumkeuzebedingen en de curator en (betwistende) schuldeisers gebonden zijn aan verdere beslechting door het overeengekomen forum.¹⁰ Aangenomen kan worden dat dit voor arbitragebedingen niet anders is.

In de meeste gevallen is het praktisch en logisch arbitrage en geschilbeslechting door een overheidsrechter gelijk te behandelen. Toch roept dit ook vragen op. Wat heeft bijvoorbeeld te gelden als een arbitragereglement een andere regeling geeft dan die de Faillissementswet voorschrijft?¹¹

4. Dit is in diverse uitspraken door de Hoge Raad bevestigd waarvan de meest recente HR 12 april 2013, *JOR* 2014/111, m. nt. mr. M.L.C. Snoeks.

5. Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 21 juni 2011, *LJN* BR4821, *JOR* 2011/289 m.nt. van Hees.

6. Opmerkelijk is dat art. 8:22 AWB art. 25, 27 en 31 Fw ook van toepassing verklaart in geval van surseance van betaling terwijl de regeling omtrent surseance van betaling deze juist uitsluit (art. 231 Fw).

7. M. Ynzonides, 'De invloed van faillietverklaring op arbitrage', *WPNR* 1991/6008, p. 389-396, A.I.M. van Mierlo, 'Arbitrage, faillissement (in nationaal perspectief) en de vordering tot betaling van een geldsom uit de boedel', *TvA* 2012/70.

8. Rb. Den Haag 15 december 2010, *JOR* 2012/158, zie r.o.v. 2.4 van deze uitspraak voor meer literatuur en jurisprudentie, Rb. Noord-Nederland, 27-03-2013, *ECLI: NL: RBNNE: 2013: BZ6109*.

9. Bijvoorbeeld Raad van Arbitrage voor de Bouw, 24 september 2013, 33.513.

10. HR 16 april 1999, *NJ* 2001, 1 (m.nt. Vlas); *JOR* 1999/156 (m.nt. Veder).

11. Zie bijvoorbeeld het rolreglement van de Raad van Arbitrage voor de Bouw en Arbitrage Instituut Bouwkunst, artikel 9, waarin wordt afgeweken van de wettelijke regeling doordat alle vorderingen tegen de gefailleerde ingesteld (dus ook niet-verifieerbare vorderingen als in art. 28 Fw bedoeld) automatisch worden geschorst en alleen vervolgd kunnen worden

Wat als scheidslieden in een aanhangige procedure de regeling uit de Faillissementswet niet of onjuist toepassen en geen hoger beroep openstaat tegen de beslissing? Hoe kan een scheidsgerecht worden gedwongen om crediteuren toe te laten tot een aanhangige procedure die na een verificatievergadering de op de voet van art. 29 Fw geschorste procedure willen voortzetten of zich daarin willen voegen als het arbitragereglement dit niet toelaat? Wat als de toegang tot het scheidsgerecht voor de curator of crediteuren ernstig wordt bemoeilijkt door een ongunstig arbitragereglement of hoge vaste rechten?

3.2. Bindend advies

Over de vraag of art. 27 t/m 30 Fw ook betrekking hebben op een procedure in het kader van een bindend advies is geen jurisprudentie bekend. Er bestaan op het eerste oog geen dogmatische argumenten om een procedure die gebaseerd is op een overeengekomen bindend advies anders te beschouwen dan een arbitrageprocedure.¹² Indien arbitrage- en forumkeuzebedingen hun gelding behouden na faillietverklaring is het immers vanzelfsprekend dat dit ook geldt voor bedingen die zien op bindend advies. Wel geldt dat voor een bindend adviesprocedure, anders dan in geval van arbitrage geen wettelijke kaders bestaan en de procedure iedere verschijningsvorm kan aannemen. Er kan sprake zijn van gelijkenis met een 'gewone' procedure waarbij een procesreglement van toepassing is.¹³ Bindend advies kan echter ook niet meer omhelzen dan een beslechting van een geschil door een deskundige die vrij is zijn eigen procedurele regels te hanteren en dus ook zelf bepaalt wat er dient te gebeuren na faillietverklaring. De praktische vragen die hierboven ten aanzien van arbitrageprocedures zijn geformuleerd zijn dus nog in veel sterkere mate van toepassing op bindend adviesprocedures.

3.3. Richtingen voor modernisering

Een faillissementswet anno 2015 zou meer duidelijkheid moeten geven over de gevolgen voor arbitrage- en bindend adviesprocedures. Bij gebreke daarvan wordt nu deels in het duister getast. Voor mogelijke modernisering kan worden gewezen op het min of meer ter ziele gegane Voorontwerp Insolventiewet waarin expliciet was opgenomen dat ook arbitrageprocedures onderworpen zijn aan de regeling die de Insolventiewet biedt voor lopende procedures. Over bindend advies was niets geregeld. Daarnaast was een bevoegdheid opgenomen voor de rechter-commissaris om een arbitra-

gebeding (evenals een forumkeuzebeding) buiten werking te stellen in geval van voortzetting van een aanvankelijk geschorste procedure na de verificatievergadering.¹⁴ Het is mijns inziens wenselijk deze bevoegdheid van de rechter-commissaris uit te breiden tot alle aanhangige arbitrage- en bindend adviesprocedures indien voortzetting daarvan niet tot een deugdelijke en met waarborgen (voor de curator en andere crediteuren) omklede beslechting van een geschil leidt. Als alternatief zou kunnen worden gedacht een bevoegdheid van de rechter-commissaris om instructies te geven aan scheidsgerechten en bindend adviseurs over het verloop van de procedure na faillietverklaring.

4. Samenhang tussen procedures, vorderingen en procespartijen

Indien sprake is van samenhang tussen verschillende vorderingen, procespartijen of procedures kunnen zich complicaties voordoen. Op enkele daarvan wordt hieronder ingegaan.

4.1. Samenhang tussen conventie en reconventie

Art. 138 lid 1 Rv bepaalt dat op vorderingen in conventie en reconventie door middel van één eindvonnis wordt beslist om tegenstrijdige beslissingen over dezelfde feiten en rechtsverhoudingen te voorkomen. De faillissementswet houdt hier geen rekening mee. Een vordering van de gefailleerde kan ex art. 27 Fw worden voortgezet terwijl een vordering op de gefailleerde ex art. 29 Fw is geschorst. Zelfs indien de curator zich op het standpunt stelt dat de vorderingen niet los van elkaar gezien kunnen worden en beiden gelijk berecht moeten worden wordt op deze regel geen uitzondering gemaakt.¹⁵ Dit hangt samen met het feit dat niet eerder dan op de verificatievergadering schuldeisers de vordering op de gefailleerde kunnen betwisten en op die manier zelf eventueel (al dan niet naast de curator) verder kunnen procederen tegen de wederpartij. Schorsing van de vordering van de wederpartij op de gefailleerde in (re)conventie doet echter niet af aan de mogelijkheid tot een beroep op verrekening van zijn schuld aan de gefailleerde met de vordering die ter verificatie is ingediend.¹⁶ Gelet op art. 53 lid 3 Fw kan de curator in dat geval ook geen beroep doen op art. 6:136 BW. Dit betekent dat ondanks schorsing van de procedure de rechter dus toch vaak tot een volwaardige beoordeling – inclusief het toestaan van bewijslevering – zal moeten

¹² 'indien de verificatie van de vordering daartoe aanleiding geeft'.

¹³ Zie ook prof. mr. B. Wessels, Insolventierecht, gevolgen van faillietverklaring (1), 2012, par. 2236.

¹⁴ Zie bijvoorbeeld het reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid).

¹⁵ Art. 53.13 lid 2, aanhef en onder a Voorontwerp Insolventiewet.

¹⁶ Hof 's-Hertogenbosch 28 juni 1995, NJ 1996, 277, ECLI:NL:GHSHE:1995:AD2371 (Klip/Van den Heuvel q.q.), Rb. Arnhem 29 juni 2005, JOR 2005/227, ECLI:NL:RBARN:2005:AU2752.

¹⁷ O.a. Hof Leeuwarden 22 maart 2011, JOR 2011/168, ECLI:NL:GHLEE:2011:BP9261.

overgaan. Dit wel met dien verstande dat de tegenvordering formeel slechts zou hoeven te worden beoordeeld tot de hoogte ten aanzien waarvan het beroep op verrekening wordt gedaan. De rechtbank 's-Hertogenbosch achtte het feit dat er op deze manier 'materieel' hoe dan ook verder moest worden geprocedeerd in zowel conventie als reconventie aanleiding om de schorsing ex art. 29 Fw die op een reconventionele vordering van toepassing was gedeeltelijk (voor zover dat nodig was voor het beoordelen van het beroep op verrekening) buiten beschouwing te laten.¹⁷ De bevoegdheid om art. 29 Fw buiten beschouwing te mogen laten baseerde de rechtbank op het arrest van de Hoge Raad *Nimox/Van den End q.q.*¹⁸ waar in r.o.v. 3.3.5 is overwogen:

'De in de faillissementswet met betrekking tot de verificatie getroffen voorzieningen strekken tot een doelmatige afwikkeling van geschillen omtrent bestaan, omvang en eventuele preferentie van vorderingen op de gefailleerde. Met die strekking is niet onverenigbaar dat in een buiten de in die wet geregelde procesgang gevoerd geding tussen de curator en een derde die ook een vordering op de gefailleerde pretendeert, wordt beoordeeld en beslist of de vordering van die derde van dien aard is dat zij niet geverifieerd behoort te worden.'

Doordat de schorsing die verbonden is aan art. 29 Fw plaatsvindt in de context van het proces van verificatie van vorderingen lijkt het juist om de uitspraak van de Hoge Raad analoog toe te passen op het voortzetten van een procedure met samenhangende rechtsvorderingen. De vraag is wel waar de grens ligt tussen enerzijds doelmatigheid en anderzijds de belangen van schuldeisers om de vordering en de grondslagen daarvan (mede) te kunnen betwisten en in dat kader zelf de procedure na de verificatievergadering voort te kunnen zetten. Een praktische oplossing zou zijn dat schuldeisers de gelegenheid krijgen zich te voegen naast de curator in een lopende procedure. De Hoge Raad heeft echter in het arrest *Dekker q.q./Van Schijndel* weer bepaald dat voeging van crediteuren in een reeds lopende procedure weliswaar mogelijk is, maar pas nadat deze op de verificatievergadering de vordering hebben betwist.¹⁹ In de praktijk vindt de verificatievergadering pas lange tijd na de faillietverklaring plaats en zal een procedure vaak al zijn geëindigd waarbij het gewezen vonnis in beginsel bindend is voor alle betrokkenen bij het faillissement.²⁰ Schuldeisers zijn hun recht de vordering te betwisten dan dus kwijtgeraakt. Om aan de eis van de Hoge Raad tegemoet te komen dat voor voeging eerst betwisting op een verificatievergadering moet plaatsvinden zou de curator onder omstan-

digheden wel versneld een verificatievergadering kunnen gelasten, waarna de schorsing ex art. 29 Fw kan worden opgeheven en op een efficiënte manier in conventie en reconventie kan worden voortgeprocedeerd.

4.2. Samenhang tussen verschillende soorten vorderingen

De situatie waarbij over en weer vorderingen zijn ingesteld kan nog complexer worden indien verschillende soorten vorderingen zijn ingesteld. Indien in een procedure tegen de gefailleerde zowel verifieerbare als niet verifieerbare vorderingen zijn ingesteld wordt de procedure ten aanzien van de verifieerbare vorderingen ex art. 29 Fw van rechtswege geschorst en geldt voor niet-verifieerbare vorderingen het regime van art. 28 Fw, te weten dat de procedure op verzoek van de eiser kan worden geschorst om de curator op te roepen, waarna verder kan worden geprocedeerd. Deze samenloop houdt in dat een vordering die bijvoorbeeld strekt tot een verklaring voor recht dat de gefailleerde aansprakelijk is, in beginsel wel kan worden voortgezet, waarbij de curator of de gefailleerde de procespartij is. Op de vordering die gebaseerd is op de daadwerkelijk geleden schade kan echter pas na de verificatievergadering worden beslist, waarbij een schuldeiser die de vordering betwist als procespartij kan optreden. Die schuldeiser kan dan mijns inziens echter niet meer opkomen tegen de aansprakelijkheid als daarover al een procedure is gevoerd en er een onherroepelijke uitspraak is gedaan. In zijn arrest van 21 maart 2014²¹ heeft de Hoge Raad hier deels een oplossing voor gegeven door te oordelen dat indien een niet-verifieerbare vordering (in casu bestaande uit een gevorderde verklaring voor recht dat een (arbeids)overeenkomst voortduurde) er slechts toe strekt toewijzing van de verifieerbare vorderingen mogelijk te maken, deze 'geen zelfstandige betekenis' heeft. De procedure ten aanzien van de niet-verifieerbare vordering valt dan onder het regime van art. 29 Fw en is van rechtswege geschorst.

Tegen de redenering van de Hoge Raad in laatstgenoemd arrest kan weinig worden ingebracht. Onduidelijk is echter wel of deze ook opgaat bij bijvoorbeeld ontbindings- of vernietigingsvorderingen die zijn ingesteld tezamen met een geldelijke vordering. Uit jurisprudentie en wetsgeschiedenis²² blijkt vrij uitdrukkelijk dat vorderingen tot ontbinding en vernietiging niet onder het regime van art. 29 Fw vallen en dus de regeling van art. 28 Fw moet worden toegepast. Dat pleit er dus voor dat deze niet, of niet gemakkelijk als vorderingen die 'geen zelfstandige betekenis' hebben kunnen worden aangemerkt.

17. Rb. 's-Hertogenbosch 28 december 2005, JOR 2006/137.

18. HR 8 november 1991, NJ 1992, 174.

19. HR 23 september 2011, NJ 2012/376, m.nt. Verstijlen *Dekker q.q./van Schijndel r.o.v. 3.6*

20. Zie voorgaande noot, r.o.v. 3.4

21. JOR 2014/152 m.nt. mr. A.C.A.D. Bakker

22. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (locatie Arnhem), 10 september 2013, JOR 2013/324 m.nt. mr. P.R.W. Schaiken en de in deze uitspraak aangehaalde wetsgeschiedenis;

De meest doelmatige uitleg van het arrest van de Hoge Raad van 21 maart 2014 zou er op neerkomen dat indien in een procedure een niet-verifieerbare vordering is ingesteld tegen de schuldenaar en deze samenhangt met een verifieerbare vordering, alleen dan voorafgaand aan de verificatievergadering kan worden voortgeprocedeerd indien de wederpartij van de gefailleerde bij een vroegtijdige beoordeling van die rechtsvorderingen een specifiek belang heeft. Dat belang moet zwaarder wegen dan een doelmatige beslechting van het geschil en een doelmatige verificatie van de geldelijke vordering. Bij het bestaan van een dergelijk belang kan bijvoorbeeld worden gedacht in geval van een vordering tot revindicatie. Indien een dergelijk belang zich voordoet en de procedure kan (deels) worden voortgezet zou er eigenlijk ook ruimte moeten zijn om de nauw samenhangende wel-verifieerbare geschorste vorderingen ex art. 29 Fw ook direct te be-rechten. Voor de (on)mogelijkheid voor crediteuren om zich te kunnen voegen in het geding wordt verwezen naar paragraaf 4.1 van dit artikel.

4.3. Samenhang tussen procespartijen

Een laatste variant van samenhang die hier wordt besproken ziet op samenhang tussen verschillende procespartijen. De bepalingen in de artt. 27 t/m 29 Fw die mogelijk (gedeeltelijke) schorsing met zich meebrengen hebben geen werking jegens andere partijen in de procedure²³. Het faillissement van één van meerdere eisers of van één van meerdere gedaagden in een procedure zal dus veelal tot gevolg hebben dat de procedure ten aanzien van de gefailleerde partij (tijdelijk) wordt geschorst en de procedure verder wordt voortgezet. Het kan zijn dat een rechter daardoor op verschillende tijdstippen en tussen verschillende procespartijen (met mogelijk verschillende standpunten) over hetzelfde feitencomplex moet oordelen. Hoewel onpraktisch, is een remedie hiervoor niet eenvoudig. Het burgerlijke procesrecht kent immers geen aparte regeling voor de situatie waarbij meerdere partijen deelnemen aan een procedure (subjectieve cumulatie). Er blijft ondanks dat er meerdere eisers en/of gedaagden betrokken zijn dus steeds sprake van vorderingen met slechts één eiser en één gedaagde die afzonderlijk berecht kunnen worden. Enkel om redenen van doelmatigheid wordt de behandeling van samenhangende vorderingen door de rechter samengevoegd²⁴. Onder die omstandigheden rechtvaardigt het faillissement van één van de procespartijen in beginsel niet dat de (zelfstandige) procedure tussen de andere (niet failliete) partijen daardoor wordt getroffen.

Dit is mogelijk anders in geval de samenhang zodanig is dat sprake is van een 'processueel ondeelbare rechtsverhouding', waarbij noodzakelijk is dat

de beslissing op de vordering ten aanzien van alle bij de rechtsverhouding betrokkenen in dezelfde zin luidt. Deze vorderingen kunnen niet worden berecht als zij niet tegen alle betrokkenen zijn ingesteld. Enkele voorbeelden kunnen zijn vorderingen die zien op een zaak met meerdere eigenaren, vorderingen inzake nalatenschappen waar meerdere erfgenamen bij zijn betrokken en vorderingen die zien op vernietiging of ontbinding van een rechtshandeling of overeenkomst waar meerdere partijen bij betrokken zijn. Er is echter geen jurisprudentie of literatuur gevonden over faillietverklaring en (tijdelijke) schorsing van de procedure in dergelijke gevallen.

5. Rechtsmiddelen

De regeling van art. 27 t/m 30 Fw ziet op rechtsvorderingen die aanhangig zijn ten tijde van de faillietverklaring maar geeft niet aan wat heeft te gelden in geval kort voor het faillissement of na het faillissement (ex art. 30 lid 1 Fw) beslist wordt op een rechtsvordering, en gedurende het faillissement nog een rechtsmiddel open staat. Uit de beschikbare jurisprudentie – die blijkt geeft van een beperkte systematiek op dit vlak – kunnen wel een aantal zaken worden opgemaakt.

Overigens wordt opgemerkt dat voor de beoordeling of sprake is van een vordering *tegen* de gefailleerde (art. 28 en 29 Fw) of een vordering *van* de gefailleerde op een derde (art. 27 Fw) altijd moet worden gekeken naar de oorspronkelijke vorderingen zoals ingesteld in de eerste instantie. Indien in eerste instantie sprake was van een vordering die *tegen* de schuldenaar was ingesteld wordt dus ook in hoger beroep, cassatie of verzet uitgegaan van deze procespositie en vice versa.²⁵

5.1. Rechtsmiddelen tegen beslissingen op vorderingen als bedoeld in art. 27 Fw

De curator is bevoegd een rechtsmiddel in te stellen tegen een beslissing op een vordering die door de gefailleerde was ingesteld en ontleent deze bevoegdheid volgens de Hoge Raad aan art. 27 lid 3 Fw dat bepaalt dat de curator te allen tijde het geding kan overnemen.²⁶ Ook de gefailleerde kan na het faillissement een rechtsmiddel instellen. Vervolgens kan de wederpartij weer op grond van art. 27 Fw de curator tot overneming van het aanhangig gemaakte geding oproepen. Ook zonder te zijn opgeroepen kan de curator op ieder moment het proces in de geopende instantie alsnog overnemen (art. 27 lid 3 Fw).²⁷ Indien de curator het geding (in de

23. Mr. Drs. A.A.J. Smelt, GS Faillissementswet, artikel 29 Fw, aant. 5 en de daar genoemde jurisprudentie

24. o.a. HR 21 november 2008, NJ 2009/477, m.nt. H.J. Snijders

25. Zie voor de perikelen die dit met zich mee kan brengen als een uitspraak (deels) is geëxecuteerd en het in de door het rechtsmiddel geopende instantie draait om terugbetaling mr. drs. K.P. Hoogenboezem en mr. A.C.A.D. Bakker, 'Appelleren en failleeren', *FIP* 2012/8.

26. Hoge Raad 11 januari 2002, NJ 2003, 311.

27. HR 18 november 1983, NJ 1984, 256 m.nt. Heemskerken

eerdere instantie) al heeft overgenomen en vervolgens een beslissing wordt gegeven kan uitsluitend de curator en niet de gefailleerde een rechtsmiddel instellen.²⁸

Ook de wederpartij van de gefailleerde kan een rechtsmiddel instellen tegen een na het faillissement gewezen beslissing op een vordering ex art. 27 Fw. Volgens hof Arnhem vloeit uit art. 25 lid 1 Fw voort dat rechtsvorderingen, waaronder ook het instellen van een hoger beroep tegen een vordering als bedoeld in art. 27 Fw, altijd tegen de curator moeten worden ingesteld en zijn de curator en boedel ook gebonden aan de uitspraak zelfs indien de curator niet is verschenen.²⁹ Volgens de Hoge Raad kan het rechtsmiddel echter ook tegen de gefailleerde worden ingesteld en kan vervolgens de curator kiezen of hij het geding ex art. 27 Fw overneemt.³⁰ Hof Amsterdam³¹ lijkt het uitbrengen van een appeldagvaarding aan alleen de curator en niet aan de gefailleerde in geval de curator niet verschijnt verder weer als een essentieel verzuim te beschouwen omdat in dit geval de gefailleerde tegen wie verder diende te worden geprocedeerd – nu de curator niet was verschenen – niet was opgeroepen. Gelet op bovenstaande jurisprudentie dient het instellen van een rechtsmiddel inzake een vordering ex art. 27 Fw zekerheidshalve dus zowel tegen de curator als de gefailleerde te worden gedaan. Er kan worden overwogen om daarbij aan te geven waarom dit wordt gedaan en tevens dat met betekening aan de curator wordt bedoeld om de curator in de gelegenheid te stellen om ex art. 27 lid 1 Fw de procedure over te nemen. Als zowel de curator als de gefailleerde verschijnt wordt in beginsel alleen de procedure tegen de curator voortgezet.³²

5.2. Rechtsmiddelen tegen een beslissing op een vordering als bedoeld in art. 28 Fw

In geval van het instellen van een rechtsmiddel ná faillietverklaring tegen een beslissing op een vordering als bedoeld in art. 28 Fw (een niet verifieerbare vordering ingesteld tegen de gefailleerde) is niet duidelijk wat heeft te gelden. Op dit punt is geen jurisprudentie aangetroffen. Art. 28 Fw vertoont gelijkenissen met art. 27 Fw, in die zin dat beide artikelen de mogelijkheid bieden dat de curator in de gelegenheid wordt gesteld om zich uit te laten

over de vraag of hij de procedure wenst over te nemen, en als dat niet gebeurt er verder wordt geprocedeerd tegen de gefailleerde. Het ligt dus voor de hand om hetgeen is weergegeven bij art. 27 Fw ook toe te passen op deze categorie van vorderingen.

5.3. Rechtsmiddelen tegen een beslissing op een vordering als bedoeld in art. 29 Fw

De Hoge Raad oordeelde in 2009 in het arrest *Wertenbroek q.q./Erven van Vlerken* dat het instellen van een rechtsmiddel tegen een beslissing over een verifieerbare vordering uitsluitend door of tegen de curator moet geschieden en dat de schorsingsregeling van art. 29 Fw niet van toepassing is op een na het faillissement geopend geding omdat de procedure niet aanhangig was ten tijde van de faillietverklaring.³³ In 2011 heeft de Hoge Raad in *Dekker q.q./van Schijndel* daaraan toegevoegd dat als de curator een rechtsmiddel instelt, deze de keuze heeft gemaakt de vordering van de wederpartij te betwisten en de procedure voort te zetten zodat deze niet alsnog ex art. 29 Fw dient te worden geschorst.³⁴ Dit is erg nadelig voor crediteuren die de vordering mede willen betwisten aangezien zij zich volgens de Hoge Raad alleen kunnen voegen nadat zij op de verificatievergadering de vordering hebben betwist³⁵ terwijl een rechtsmiddel meestal direct na het faillissement wordt ingesteld. Stelt de curator geen rechtsmiddel in of wordt de vordering op de gefailleerde in de geopende instantie (deels) toegewezen, dan is een latere betwisting van de toegewezen vordering door de curator of crediteuren niet meer mogelijk.³⁶

Volgens hof Den Haag³⁷ geldt dat als niet de curator maar de wederpartij een rechtsmiddel instelt het bovenstaande weer niet geldt omdat art. 30 lid 2 Fw in dit geval van overeenkomstige toepassing is en de procedure in hoger beroep gelet daarop alsnog ex art. 29 Fw dient te worden geschorst. Hof Arnhem-Leeuwarden komt tot dezelfde conclusie maar via een iets andere redenering.³⁸ Opvallend is dat het hof Arnhem-Leeuwarden verder overweegt dat deze schorsing niet meer van kracht is op het moment dat de curator de vordering betwist, waarbij het niet uitmaakt of die betwisting voorafgaand of op de verificatievergadering wordt gedaan. Het hof stelt ook dat de curator 'gehouden is zo spoedig mogelijk maar uiterlijk ter verificatievergadering duidelijkheid te geven over de betwisting van de verificatie'. Dit zou betekenen dat de curator goed zijn woorden moet kiezen in de correspondentie richting het hof

Van der Grinten, ECLI:NL:HR:1983:AG4693 (*Noord-Brabant Maatschappij/Omega Waalwijk*)

28. HR 11 januari 2002, JOR 2002/76 (*Bouwbedrijf Kuperus c.s./De Vries Trappen*) voor dagvaardingsprocedures en ECLI: NL: HR: 2013: BZ1065, Hoge Raad, 12-04-2013, JOR 2014/111 m.nt. mr. M.L.C. Snoeks voor verzoekschriftprocedures.
29. Gerechtshof Arnhem, 4 mei 1999, JOR 1999/260 98/868 KG.
30. HR 22 juni 1990, NJ 1991, 606 (*Shu Keung Li q.q./Laufenberg*) (m.nt. H.J. Snijders).
31. Gerechtshof Amsterdam, 7 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV3353.
32. Hof Leeuwarden, 29102003, NJF 2004/16, ECLI:NL:GHEE:2003:AN1331.

33. Hoge Raad 16 januari 2009, JOR 2009/95, *Wertenbroek q.q./Erven van Vlerken*.

34. HR 23 september 2011, NJ 2012/376, *Dekker q.q./ van Schijndel, r.o.v. 3.6*.

35. Zie voorgaande noot.

36. Zie voorgaande noot, r.o.v. 3.4

37. Gerechtshof 's-Gravenhage, 20 december 2011, JOR 2012/163.

38. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 21 april 2015, JOR 2015/186 m.nt. mr. A.C.A.D. Bakker.

en de crediteur. Indien zou worden geconcludeerd dat hij de vordering betwist zou het risico bestaan dat hij de procedure moet voortzetten zonder afwachting van een verificatievergadering, waardoor andere schuldeisers zich weer niet kunnen voegen. Het is onduidelijk of de uitspraken van hof 's-Gravenhage en hof Arnhem zich verdragen met de eerder genoemde uitspraak van de Hoge Raad waarin is bepaald dat art. 29 Fw helemaal niet van toepassing is omdat de procedure ten tijde van de faillietverklaring niet aanhangig was. Zouden de uitspraken van de hoven op dit punt echter wel juist zijn dan is het de vraag of het klopt dat (zoals door het hof Arnhem-Leeuwarden wordt gesteld) de curator de schorsing van de procedure opheft door voorafgaand aan de verificatievergadering aan te geven dat hij de vordering betwist. Mijns inziens druipt dit in tegen de systematiek van art. 29 Fw waarbinnen geen mogelijkheid bestaat voor de curator – om gelet op de belangen van andere schuldeisers – de schorsing op te heffen.³⁹ Daar kan weer tegenin worden gebracht dat volgens de Hoge Raad het instellen van een rechtsmiddel blijkt geeft van de keuze van de curator de vordering te betwisten en dit er toe leidt dat art. 29 Fw niet van toepassing is. De curator lijkt in die redenering dus weer wel een keuzerecht te hebben.

perkt de ruimte is om dieper op de onderwerpen in te gaan. De conclusie is echter juist ook dat 119 jaar na invoering van de huidige tekst van de wet, nog steeds niet voor elk geval eenvoudig duidelijkheid te geven is.

6. Afronding

Uit het bovenstaande kunnen een aantal conclusies worden getrokken.

Voor de gevolgen van faillietverklaring op arbitrage- en bindend advies ontbreekt zowel een wettelijk kader als richtinggevende jurisprudentie van hogere instanties. Daaruit zou kunnen worden opgemaakt dat zich in de praktijk geen grote problemen voordoen. Door relatief geringe aanpassingen in de wet zouden echter veel denkbare vragen of knelpunten kunnen worden ondervangen.

In het geval van samenhangende vorderingen en procespartijen biedt de systematiek van de faillissementswet (en de Hoge Raad) omtrent de verificatie van vorderingen en het burgerlijke procesrecht beperkte mogelijkheden om rekening te houden met deze samenhang.

Voor het instellen van rechtsmiddelen na faillietverklaring ontbreekt een wettelijk kader. Dit is ingevuld door jurisprudentie die echter niet altijd systematisch en compleet is.

De toezegging om overzicht en helderheid ten aanzien van de besproken onderwerpen te geven is dus beperkt ingelost. Er zijn veel verschillende omstandigheden en casusposities besproken waardoor be-

39. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 juni 1995, NJ 1996, 277, *Klip/Van den Heuvel q.q.*