

JOR 2018/262, Hoge Raad 06-07-2018, ECLI:NL:HR:2018:1100, 17/04480 (met annotatie van M.C. van Genugten)
Faillietverklaring op eigen aangifte, Verzet en hoger beroep belanghebbende (voormalig bestuurder) tegen faillietverklaring vennootschap, Faillietverklaring belanghebbende tijdens hoger beroep, Overname geding door curatoren, Uitspraak hof dat curatoren geding hebben overgenomen is jegens belanghebbende einduitspraak waartegen cassatieberoep openstaat als in art. 12 lid 1 Fw, In casu is cassatieberoep te laat ingesteld, Geen verschoonbare termijnoverschrijding, Niet-ontvankelijkheid belanghebbende in cassatie, Verwijzing naar HR 19 mei 1978, NJ 1978/528; HR 10 februari 2006, NJ 2006/405 en HR 6 oktober 2017, NJ 2017/396, Cassatie van Hof 's-Hertogenbosch 7 juli 2016, «JOR» 2017/46, m.nt. Warringa

Wetsbepaling(en):

[FW artikel 12](#), [FW artikel 27](#)

Ook gepubliceerd in:

[ECLI:NL:HR:2018:1100](#), [TvI 2019/6](#), [JIN 2018/133](#), [INS-Updates.nl 2018-0184](#) , [NJB 2018/1437](#), [RI 2018/74](#), [RvdW 2018/894](#)

[JOR 2018/262, Hoge Raad, 06-07-2018, ECLI:NL:HR:2018:1100, ECLI:NL:PHR:2018:417, 17/04480 \(annotatie\)](#)

Inhoudsindicatie

Faillietverklaring op eigen aangifte, Verzet en hoger beroep belanghebbende (voormalig bestuurder) tegen faillietverklaring vennootschap, Faillietverklaring belanghebbende tijdens hoger beroep, Overname geding door curatoren, Uitspraak hof dat curatoren geding hebben overgenomen is jegens belanghebbende einduitspraak waartegen cassatieberoep openstaat als in art. 12 lid 1 Fw, In casu is cassatieberoep te laat ingesteld, Geen verschoonbare termijnoverschrijding, Niet-ontvankelijkheid belanghebbende in cassatie, Verwijzing naar HR 19 mei 1978, NJ 1978/528; HR 10 februari 2006, NJ 2006/405 en HR 6 oktober 2017, NJ 2017/396, Cassatie van Hof 's-Hertogenbosch 7 juli 2016, «JOR» 2017/46, m.nt. Warringa

Ga direct naar

[Samenvatting](#)
[Uitspraak](#)
[Beslissing/besluit](#)
[Noot](#)

Gegevens

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	06-07-2018, 20-04-2018
Publicatie	JOR 2018/262 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 10, 2018
Annotator	M.C. van Genugten
ECLI	ECLI:NL:HR:2018:1100 , ECLI:NL:PHR:2018:417
Zaaknummer	17/04480, 17/04480
Overige publicaties	ECLI:NL:HR:2018:1100 JIN 2018/133 met annotatie van E.S. Ebels NJB 2018/1437 RvdW 2018/894 RI 2018/74 INS-Updates.nl 2018-0184 Tvl 2019/6 met annotatie van B.J. Engberts ECLI:NL:PHR:2018:417 JIN 2018/133 met annotatie van E.S. Ebels
Rechtsgebied	Insolventierecht
Rubriek	Financiering, zekerheden en insolventie
Rechters	mr. Streefkerk mr. Heisterkamp mr. Polak mr. Kroeze mr. Wattendorff
Partijen	X, verzoekster tot cassatie, advocaat: mr. J. van Weerden, tegen 1. mr. P.R. Dekker te Rosmalen, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van A BV, 2. Y, 3. mr. P.R. Dekker te Rosmalen en mr. G. te Biesebeek te Helmond, in hun hoedanigheid van curator in het faillissement van X, verweerders in cassatie, advocaten: mr. A.C. van Schaick en mr. N.E. Groeneveld-Tijssens.

Regelgeving	Fw - 12 lid 1 Fw - 27 lid 3
--------------------	--

Samenvatting

Indien de curator van zijn in art. 27 lid 3 Fw neergelegde bevoegdheid tot overneming van het geding gebruik maakt, wordt hij van rechtswege partij in plaats van de gefailleerde. Het oordeel van het hof dat de curatoren van verzoekster (tot cassatie) op de voet van art. 27 lid 3 Fw het geding in hoger beroep van verzoekster hebben overgenomen, houdt tevens de vaststelling in dat verzoekster buiten het geding is gesteld. Dat is een beslissing die, omdat zij ingrijpt in de rechten en belangen van verzoekster, dient te worden aangemerkt als een uitspraak waartegen voor haar in beginsel een rechtsmiddel openstaat (vgl. onder meer HR 10 februari 2006, NJ 2006/405 en HR 6 oktober 2017, NJ 2017/396). De uitspraak van het hof houdt voor verzoekster het einde in van het door haar ingestelde hoger beroep tegen de faillietverklaring van A. De uitspraak heeft ten opzichte van verzoekster dan ook te gelden als een einduitspraak. Deze einduitspraak moet ten opzichte van verzoekster op één lijn worden gesteld met een uitspraak zoals bedoeld in art. 12 lid 1 Fw waarbij een hoger beroep van verzoekster ongegrond is geoordeeld (vgl. HR 19 mei 1978, NJ 1978/528). Tegen die uitspraak staat dan ook cassatieberoep open. Dat cassatieberoep kan verzoekster zelf, ook al is zij inmiddels in staat van faillissement verklaard, buiten bezwaar van de boedel (in haar eigen faillissement) instellen. Ingevolge art. 12 Fw kan gedurende acht dagen na de dag van de uitspraak beroep in cassatie worden ingesteld. Het cassatieverzoek is te laat ingesteld. Hetgeen verzoekster heeft aangevoerd kan niet tot het oordeel leiden dat in dit geval van een verschoonbare termijnoverschrijding sprake is.

Uitspraak

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Rank-Berenschot)

In deze faillissementszaak – een van vele rondom de zogenoemde Lips-groep – heeft verzoekster tot cassatie (hierna: [verzoekster]) als belanghebbende op de voet van artikel 10 Fw verzet aangetekend tegen de faillietverklaring (op eigen verzoek) van [A] B.V. (hierna: [A]). De rechtbank wijst het verzet af en [verzoekster] komt van dit vonnis in hoger beroep bij het hof (artikel 11 Fw). Gedurende de appelprocedure wordt [verzoekster] zelf (definitief) failliet verklaard.¹ Verweerders in cassatie sub 3 (hierna tezamen: curatoren [verzoekster]) verklaren het geding over te nemen (artikel 27 lid 3 Fw), waarna zij verklaren het hoger beroep in te trekken. [verzoekster] verzet zich tegen die overname. Het hof wijst op 24 augustus 2017 een tussenarrest waarin het de overname van het geding door de curatoren [verzoekster] sanctioneert en tussentijds cassatieberoep openstelt. [verzoekster] stelt op 20 september 2017 cassatieberoep in. Dat roept de vraag op of de algemene cassatietermijn van drie maanden dan wel de kortere termijn van acht dagen ex artikel 12 Fw van toepassing is en, in het laatste geval, of de termijnoverschrijding door [verzoekster] verschoonbaar is.

1. Feiten en procesverloop

1.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten:

- (i) Crescendo Leisure Concepts Holding B.V. (hierna: Crescendo) was tot 22 februari 2013 enig aandeelhouder van [A].
- (ii) Bij akte van 22 februari 2013 heeft Crescendo haar aandelen in [A] overgedragen aan [verzoekster] voor de koopsom van € 1,--.
- (iii) Crescendo is bij vonnis van 26 augustus 2014 failliet verklaard met aanstelling van mr. P.R. Dekker (hierna ook: Dekker) tot curator. Dit faillissement is inmiddels onherroepelijk.²
- (iv) Bij brief van 4 september 2014 aan [verzoekster] en aan [A] is namens Dekker in zijn hoedanigheid van curator van Crescendo op grond van artikel 42 Fw de vernietiging van genoemde aandelentransactie en alle daarmee samenhangende rechtshandelingen ingeroepen.
- (v) Op 23 oktober 2014 heeft Dekker in zijn hoedanigheid van curator van Crescendo in het bijzijn van een notaris de vernietiging van de aandelenverkoop en levering op 22 februari 2013 aan [verzoekster] ingeschreven in het aandeelhoudersregister van [A]. Tevens heeft Dekker op 23 oktober 2014 in dit aandeelhoudersregister de vermelding van [verzoekster] als aandeelhouder van [A] doorgehaald.
- (vi) Bij brief van 23 oktober 2014 is namens Dekker in zijn hoedanigheid van curator van Crescendo een buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders van [A] ingepland op 27 oktober 2014, met op de agenda het voorstel tot onmiddellijke schorsing van [verzoekster] als bestuurder van [A] en het voorstel tot het vaststellen van een datum waarop over het ontslag van [verzoekster] als bestuurder van [A] zal worden gestemd.
- (vii) Bij brief van 24 oktober 2014 heeft [verzoekster] hiertegen geprotesteerd.
- (viii) Tijdens de buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders van [A] van 27 oktober 2014 is [verzoekster] als bestuurder van [A] geschorst en is vervolgens verweerder sub 2 (hierna: [verweerder 2]) benoemd tot interim-bestuurder van [A].
- (ix) Bij brief van 28 oktober 2014 heeft [verweerder 2] een nieuwe buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders van [A] ingepland op 31 oktober 2014, met op de agenda het ontslag van [verzoekster] als bestuurder van [A].
- (x) Tijdens de buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders van [A] van 31 oktober 2014 is [verzoekster] als bestuurder van [A] ontslagen.
- (xi) Tijdens de buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders van [A] van 7 november 2014 is met algemene stemmen besloten tot het geven van opdracht aan het bestuur van [A] tot het doen van eigen aangifte tot faillietverklaring van [A].
- (xii) Bij vonnis van 11 november 2014 is [A] op eigen aangifte in staat van faillissement verklaard, met aanstelling van verweerder sub 1 (hierna: Dekker q.q. [A]) tot curator.
- 1.2. Bij verzetschrift ex art. 10 Fw, ingediend op 19 november 2014, heeft [verzoekster] als belanghebbende verzocht het vonnis van 11 november 2014 waarbij [A] in staat van faillissement is verklaard te vernietigen.
- 1.3. Bij vonnis van 19 december 2014 heeft de rechtbank Oost-Brabant het verzet van [verzoekster] afgewezen.
- 1.4. Bij beroepschrift ex art. 11 Fw, ingediend op 29 december 2014, heeft [verzoekster] het hof 's-Hertogenbosch verzocht het vonnis van 19 december 2014 en het faillissementsvonnis van 11 november 2014 te vernietigen.
- 1.5. Dekker q.q. [A] en [verweerder 2] hebben verweer gevoerd.
- 1.6. Hangende de appelprocedure is [verzoekster] bij vonnis van de rechtbank Amsterdam van 1 april 2016, bekrachtigd bij arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden van 27 juni 2016, in staat van faillissement verklaard met benoeming van verweerder sub 3 mr. P.R. Dekker (hierna: Dekker q.q. H) tot curator. Bij beschikking van de rechtbank Oost-Brabant is verweerder sub 3 mr. G. te Biesebeek (hierna: Te Biesebeek) tot medecurator benoemd.
- 1.7. Op 7 juli 2016 heeft het hof een (eerste) tussenarrest gewezen,³ waarbij Dekker q.q. [A] en [verweerder 2] in de gelegenheid zijn gesteld informatie te verschaffen.
- 1.8. Bij indieningsformulier van 12 augustus 2016 hebben Dekker q.q. [A] en [verweerder 2] een incidenteel verzoek ingediend ex art. 27 lid 1 Fw (schorsing van het geding ter oproeping van de curatoren [verzoekster] tot overneming van het geding).
- 1.9. [verzoekster] heeft op 13 oktober 2016 een antwoord in het incident ex art. 27 lid 1 Fw ingediend, strekkende tot afwijzing van het incidenteel verzoek.

1.10. Bij akte na tussenarrest d.d. 20 april 2017 hebben Dekker q.q. [A] en [verweerder 2] gemeld dat de Hoge Raad op 31 maart 2017, in het kader van de kortgedingprocedure als door [verzoekster] met betrekking tot de vernietigde transactie betreffende de aandelen [A] aangespannen tegen de curator in het faillissement van Crescendo,⁴ het door [verzoekster] ingediende cassatieberoep heeft afgedaan onder verwijzing naar artikel 81 RO.⁵

1.11. Bij brief van 17 mei 2017 heeft het hof partijen verzocht zich uit te laten over de betekenis respectievelijk consequenties van het arrest van de Hoge Raad van 12 mei 2017, waarbij de Hoge Raad het cassatieberoep van [verzoekster] tegen haar faillietverklaring heeft verworpen (artikel 81 RO),⁶ voor de onderhavige zaak, in het bijzonder voor het door Dekker q.q. [A] en [verweerder 2] opgeworpen incident ex artikel 27 lid 1 Fw.

1.12. Bij akte “uitlaten n.a.v. arrest HR 12 mei 2017” d.d. 31 mei 2017 hebben Dekker q.q. [A] en [verweerder 2] bericht dat mrs. Dekker en Te Biesebeek – nu de faillietverklaring van [verzoekster] definitief vaststaat – als curatoren in het faillissement van [verzoekster] het onderhavige geding wensen over te nemen ex artikel 27 lid 3 Fw (zonder daartoe opgeroepen te zijn) en dat zij hiertoe toestemming van de rechter-commissaris in het faillissement van [verzoekster] hebben verkregen.

1.13. Bij formulier, ingekomen ter griffie op 31 mei 2017, is namens de curatoren [verzoekster] bericht (en uitvoerig toegelicht) dat zij het onderhavige geding overnemen op de voet van artikel 27 lid 3 Fw.

1.14. Bij formulier van 13 juni 2017 is namens de curatoren [verzoekster] bericht dat zij het door [verzoekster] ingestelde hoger beroep tegen de afwijzing van het door haar ingediende verzet tegen de faillietverklaring van [A] intrekken. De curatoren achten het niet in het belang van de boedel van [verzoekster] om de onderhavige procedure voort te zetten. Voor het intrekken van de procedure hebben de curatoren [verzoekster] toestemming verkregen van de rechter-commissaris in het faillissement van [verzoekster].

1.15. Bij brief/formulier van 13 juni 2017 heeft [verzoekster] zich verzet tegen de overname van de procedure ex artikel 27 lid 3 Fw (onder verwijzing naar de antwoordakte van [verzoekster] van 13 oktober 2016) en zich te dezer zake aan het oordeel van het hof gerefereerd.

1.16. Bij brief/faxbericht van 15 juni 2017 heeft het hof aan partijen en belanghebbenden bericht dat (o.a.) bovenstaande aktewisseling ertoe leidt dat het hof zich eerst zal buigen over de diverse opgeworpen formele vragen. Het hof heeft daarbij aangegeven uitspraak te zullen doen op 24 augustus 2017.

1.17. In zijn (tweede) tussenarrest van 24 augustus 2017⁷ heeft het hof vastgesteld dat het verzoek tot schorsing ex artikel 27 lid 1 Fw is achterhaald door de wens van de curatoren [verzoekster] tot overname van het geding op de voet van artikel 27 lid 3 Fw, tegen welke overname [verzoekster] zich heeft verzet (rov. 7.1-7.2.2). Het hof heeft vervolgens geoordeeld dat de curatoren [verzoekster], gelet op het vermogensrechtelijk belang van [verzoekster] als potentieel aandeelhouder of bestuurder, de procedure konden overnemen en dat het door [verzoekster] daartegen gevoerde verzet dient te worden afgewezen. Dit betekent dat vanaf deze (thans vaststaande) overname uitsluitend hetgeen de curatoren [verzoekster] naar voren brengen zal gelden als proceshandeling van [verzoekster] (rov. 7.4-7.9). Het hof realiseert zich dat de beslissing ten aanzien van het verzet van [verzoekster] tegen de aanvaarde overname van de procedure door curatoren beslissend kan zijn voor het verdere verloop van de procedure, om welke reden tussentijds cassatieberoep mogelijk zal worden gemaakt (rov. 7.10.1).

In het dictum stelt het hof vast dat de curatoren [verzoekster] de procedure hebben overgenomen en staat het hof tussentijds cassatieberoep tegen dit tussenarrest toe.

1.18. Bij verzoekschrift tot cassatie van 20 september 2017 heeft [verzoekster] cassatieberoep ingesteld tegen het tussenarrest van 24 augustus 2017. Verweerders in cassatie hebben een verzoekschrift ingediend, strekkende tot (primair) niet-ontvankelijkverklaring en (subsidiair) verwerping.

2. Ontvankelijkheid [verzoekster] in haar cassatieberoep

2.1. Verweerders in cassatie stellen zich primair op het standpunt dat nu [verzoekster] het cassatieberoep tegen het tussenarrest van 24 augustus 2017 eerst op 20 september 2017 heeft ingesteld, zij niet-ontvankelijk is wegens termijnoverschrijding. Daartoe wordt aangevoerd dat – naar in artikel 401a jo 402 Rv besloten zou liggen – de termijn voor het instellen van cassatieberoep tegen een tussenarrest gelijk is aan de termijn die geldt voor het instellen van cassatie tegen een eindarrest. Dat betekent dat de cassatietermijn is verstreken op 1 september 2017.

2.2. Ten betoge dat zij het tussenarrest van 24 augustus 2017 tijdig bestrijdt, heeft [verzoekster] in haar verzoekschrift *primair* aangevoerd dat de cassatietermijn *drie maanden* bedraagt en derhalve afloopt op 20 december 2017 (verzoekschrift p. 1 en p. 3 bovenaan) dan wel 24 november 2017 (p. 3 midden). Daartoe wordt aangevoerd dat sprake is van een arrest in een incident (artikel 27 lid 3 Fw jo 208 Rv jo 209 Rv jo 426 lid 1 Rv) en dus niet van een arrest op de voet van artikel 10 Fw. Volgens [verzoekster] is het hof klaarblijkelijk ook van die opvatting uitgegaan, nu uit telefonische navraag is gebleken dat het hof de zaak naar december 2017 – en daarmee op een termijn van ruim drie maanden na dato – heeft verplaatst in afwachting van informatie van partijen. Ook de curatoren [verzoekster] zouden genoemde opvatting zijn toegedaan, hetgeen zou blijken uit een op 12 september 2017 aan [betrokkene 1] (als bestuurster van [verzoekster]) verzonden brief⁸ waarin de curatoren [betrokkene 1] als zodanig een aanwijzing geven geen (kennelijk door hen nog mogelijk geacht) cassatieberoep in te stellen.

Subsidiair – indien het arrest zou zijn gegeven uit kracht van artikel 10 Fw en geoordeeld moet worden dat daartegen gedurende *acht dagenna* 24 augustus 2017 en dus tot en met 1 september 2017 cassatieberoep heeft opengestaan – is het verzoekschrift volgens [verzoekster] eveneens tijdig ingediend. Zij voert hiertoe een drietal argumenten aan:

– *allereerst* merkt [verzoekster] op dat gezien het voorgaande (waarmee zij m.i. doelt op de datum die het hof heeft aangehouden en de brief die de curatoren [verzoekster] aan [betrokkene 1] hebben gestuurd), [verzoekster] ervan uit mocht gaan dat beroep in cassatie gedurende drie maanden openstond;

– *daarnaast* zou sprake zijn van onvolledige adressering van poststukken door het hof aan de advocaten in hoger beroep van [verzoekster] (mr. J.H.B. Crucq en mr. H.J.J. Diekman). Deze advocaten zouden het hof al eerder hebben gewezen op het probleem dat alleen op naam van een advocaat gestelde post niet aankomt (omdat die advocaten in een verzamelgebouw kantoorhouden en alleen post aan kantoornamen wordt bezorgd) en door Post.nl weer mee terug wordt genomen. Tijdens telefonisch contact op 19 september 2017 tussen mr. Diekman en [betrokkene 2] van het hof zou [betrokkene 2] gemeld hebben dat de adressering van poststukken voor (het kantoor van) de advocaten van [verzoekster] naar aanleiding van telefoongesprekken in de week van 12 september 2017 was aangepast. [verzoekster] concludeert hieruit dat voor die tijd de postverzending fout is gegaan en dat – als het hof het arrest al voor 12 september heeft verstuurd – dat poststuk hierdoor niet bij de advocaten van [verzoekster] is aangekomen. Door de gebrekkige adressering is sprake van een systeemfout op grond waarvan sprake is van een verschoonbare termijnoverschrijding, aldus [verzoekster];

– *ten slotte* zou (eveneens) sprake zijn van een systeemfout, nu voor de advocaten in hoger beroep van [verzoekster] tot en met 13 september 2017, 18:09 uur, op de rol niet te zien was dat het hof op 24 augustus 2017 uitspraak had gedaan. Op die datum en dat tijdstip stond er nog steeds – onveranderd sinds juni 2017 – “uitspraak 24 augustus”. [verzoekster] was er daarom naar eigen zeggen dan ook niet op bedacht dat het gerechtshof zijn voornemen om op 24 augustus 2017 uitspraak te zullen doen, daadwerkelijk had uitgevoerd. Het hof heeft de advocaten in hoger beroep van [verzoekster] bij wel juist geadresseerde brief van 12 september 2017⁹ een afschrift van het arrest toegezonden. Binnen acht dagen na deze datum, op 20 september 2017 en daarmee volgens [verzoekster] gezien de verschoonbaarheid van de termijnoverschrijding tijdig, heeft [verzoekster] beroep in cassatie ingesteld.

[verzoekster] biedt bewijs aan van haar stellingen tot betoog dat van een verschoonbare termijnoverschrijding sprake is, o.a. door het doen horen van getuigen.

2.3. Ik zal eerst kort (de ratio achter) het rechtsmiddelenstelsel betreffende de procedure tot faillietverklaring bespreken, waarna ik zal stilstaan bij de vraag of cassatieberoep kan worden ingesteld tegen de tussenuitspraak van het hof en zo ja, binnen welke termijn dit moet gebeuren. Vervolgens zal ik bezien of er in dit geval gronden zijn om aan te nemen dat de (eventuele) termijnoverschrijding van [verzoekster] verschoonbaar is.

2.4. Daarbij dient mijns inziens tot uitgangspunt dat de bestreden tussenuitspraak van het hof moet worden aangemerkt als een tussenbeschikking.¹⁰

Rechtsmiddelenstelsel faillietverklaring (artikelen 8-12 Fw)

2.5. Het (gesloten) rechtsmiddelenstelsel ter zake van de procedure tot faillietverklaring is vervat in de artikelen 8 tot en met 12 Fw.¹¹ De ratio achter dit bijzondere stelsel werd destijds in de parlementaire geschiedenis als volgt toegelicht:

“Bijzondere voorschriften omtrent de voorzieningen tegen een vonnis van faillietverklaring zijn noodzakelijk, omdat in deze materie de gewone wijze van procederen niet voldoet aan de behoeften van het verkeer en de eischen der rechtszekerheid. Beide vorderen dringend dat eene aangevraagde faillietverklaring niet maanden lang slepende kan gehouden worden. Door het faillissement wordt in nagenoeg alle rechtsbetrekkingen, waarin de boedel staat, ingegrepen, worden zij meer of minder gewijzigd; langdurige onzekerheid of dit al of niet plaats zal hebben mag niet bestaan. (...) Het Ontwerp gaat daarom in de artikelen 8 – 10 nog een stap verder dan het Wetboek van Koophandel, en tracht door een zeer summieren rechtsgang en steeds eene procedure bij verzoekschrift voor te schrijven, eene spoedige afdoening en eindbeslissing ook bij de hogere colleges te verzekeren.”¹²

In het arrest *Zuiderwijk/NMB*¹³ beantwoordde Uw Raad de vraag of tegen een beslissing op een verzoek tot faillietverklaring het niet in de Faillissementswet geregelde rechtsmiddel van request-civiel openstond. Daarbij werd tevens ingegaan op de achtergrond van het rechtsmiddelenstelsel in de Faillissementswet (rov. 3):

“Deze vraag moet reeds ontkennend beantwoord worden op grond van de strekking en de regeling van de Fw betreffende de behandeling van een zodanig verzoek en de rechtsmiddelen die krachtens die wet tegen een beslissing daarop kunnen worden aangewend. Deze regeling is in verband met de rechtszekerheid en de behoeften van het rechtsverkeer gericht op een snelle berechting en beslissing met betrekking tot de faillietverklaring, die ook voor anderen dan pp. verstrekkende gevolgen heeft, en stelt daartoe voor de wel in de wet geregelde rechtsmiddelen korte termijnen, die ingaan op de dag na de uitspraak waartegen het rechtsmiddel zich richt.”

Een belangrijke doelstelling van deze summiere regeling is derhalve dat de faillissementsprocedure voortvarend moet (kunnen) worden afgerond, dit in verband met de rechtszekerheid en de behoeften van het rechtsverkeer. Dit komt onder andere tot uitdrukking in de korte beroepstermijnen en het gesloten stelsel van rechtsmiddelen.¹⁴ Dat laatste wil zeggen dat een niet in de Faillissementswet geregeld rechtsmiddel in beginsel niet kan worden toegekend.¹⁵

Tussenuitspraken in de faillissementsprocedure; vatbaarheid voor beroep

2.6. Vanwege de geboden spoedeisendheid in de faillissementsprocedure zal de rechtbank slechts sporadisch een tussenbeschikking wijzen. Gedacht kan worden aan een schorsing in afwachting van een beslissing op een verzoek tot toelating tot de WSNP of een tussenbeschikking waarin de rechtbank beslist op een opgeworpen exceptie met betrekking tot de onbevoegdheid van de rechter.¹⁶

2.7. De Faillissementswet voorziet niet met zoveel woorden in rechtsmiddelen tegen tussenuitspraken in een faillissementsprocedure. Evenmin kan in de Faillissementswet een uitsluiting van de in beginsel openstaande mogelijkheid van hoger beroep gevonden worden, terwijl voor een dergelijke uitsluiting een wettelijke basis zou moeten bestaan.¹⁷

2.8. De Faillissementswet zelf biedt dus geen uitsluitel met betrekking tot de appellabiliteit en vatbaarheid voor cassatie van tussenbeschikkingen in de procedure tot faillietverklaring. Bezien moet daarom worden of duidelijkheid kan worden verkregen via (analogische) toepassing van de bepalingen betreffende de verzoekschriftprocedure in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv).

(Analogische) toepassing bepalingen Rv

2.9. Artikel 362 lid 2 Fw bepaalt dat de derde titel van Boek I Rv (de verzoekschriftprocedure in eerste aanleg) niet van toepassing is op procedures ingevolge de Faillissementswet. Het werd op grond van de eigen aard van de faillissementsprocedure niet wenselijk geacht dat de derde titel van Boek I Rv daarop van toepassing zou zijn.¹⁸ Strikt genomen verzet deze bepaling zich *niet* tegen de toepassing van de bepalingen over hoger beroep en cassatie tegen beschikkingen, die sinds 1 januari 2002 in de zevende (hoger beroep) respectievelijk elfde titel (cassatie) van Boek I Rv zijn opgenomen.¹⁹

2.10. In 2007²⁰ oordeelde Uw Raad nog dat artikel 362 lid 2 Fw ook aan analogische toepassing van de regels uit de derde titel van Boek I Rv in de weg staat, maar in meerdere daarna gewezen uitspraken werden verschillende bepalingen uit die titel niettemin (analogisch) toegepast.²¹ Ook zijn door Uw Raad meerdere malen bepalingen uit de titels 7 (hoger beroep)²² en 11 (cassatie)²³ (overeenkomstig) toegepast in verzoekschriftprocedures op grond van de Faillissementswet.²⁴

2.11. Volgens Engberts laat de rechtspraak zien dat Uw Raad uiteindelijk geen bezwaren heeft tegen analogische toepassing van de bepalingen van de derde titel van Boek I Rv op procedures ingevolge de Faillissementswet.²⁵ Dit geldt volgens hem eveneens voor (onderdelen van) de titels 7 en 11, met dien verstande dat een eventuele specifieke, al dan niet overeenkomstig toe te passen regeling in (of op grond van) de Faillissementswet prevaleert.²⁶

Van Zanten en Lintel delen deze opvatting. Zij merken op dat het in de rede ligt dat – gezien de ratio van artikel 362 lid 2 Fw – voor analogische toepassing van die bepalingen alleen dan géén plaats is indien het bijzondere karakter van de faillissementsprocedure of enige (andere) bepaling in de Faillissementswet daaraan in de weg staat.²⁷ Dit standpunt vindt ook elders in de literatuur bijval.²⁸

(Tussentijds) cassatieberoep in faillissementsprocedures?

2.12. Ik richt mij hierna op de (al of niet analogische) toepassing van de bepalingen uit titel 11 (cassatie) van Boek I Rv, en dan met name de artikelen 426 lid 4 jo 401a lid 2 Rv betreffende (tussentijds) cassatieberoep tegen tussenbeschikkingen.

2.13. In een aantal uitspraken heeft Uw Raad genoemde bepalingen rechtstreeks toegepast op een faillissementsprocedure.²⁹ In de zaak die leidde tot de beschikking van Uw Raad van 24 april 2015 had het hof een tussenbeschikking gegeven, waarin het de uitspraak van de rechtbank – die zich onbevoegd verklaarde om van het faillissementsverzoek kennis te nemen – vernietigde en de zaak naar de rechtbank terugwees om op de hoofdzaak te beslissen. Tegen die beschikking werd binnen de door artikel 12 Fw voorgeschreven termijn van acht dagen cassatieberoep ingesteld. Uw Raad oordeelde (rov. 3.2.2): “De uitspraak van het hof is een tussenuitspraak, nu het hof hiermee niet reeds door een uitdrukkelijk dictum omtrent enig deel van het verzochte een einde aan het geding heeft gemaakt. Volgens het hier toepasselijke art. 426 lid 4 Rv in verbinding met art. 401a Rv kan derhalve beroep in cassatie van deze uitspraak slechts tegelijk met het beroep tegen de einduitspraak worden ingesteld, aangezien het hof niet anders heeft bepaald en de overige in art. 401a Rv vermelde uitzonderingen zich in het onderhavige geval evenmin voordoen.” Uit deze rechtspraak valt af te leiden dat in de zienswijze van Uw Raad in een faillissementsprocedure niet alleen cassatieberoep mogelijk is van tussenbeschikkingen,³⁰ maar dat – mits aan de daartoe gestelde vereisten van artikel 401a Rv is voldaan – van tussenbeschikkingen ook *tussentijds* cassatieberoep kan worden ingesteld.

2.14. Betoogd wordt wel dat het instellen van tussentijds cassatieberoep zich slecht verdraagt met de spoedeisende aard van de faillissementsprocedure, nu de nog lopende instantie daardoor wordt “bevroren”.³¹ Dat hoeft niet per se het geval te zijn. Het toestaan van een tussentijds rechtsmiddel kan een spoedige afdoening ook juist bevorderen.³² Het voorliggend geval is daarvan een sprekend voorbeeld. In de bestreden tussenuitspraak geeft ook het hof er blijk van zich te realiseren dat het toestaan van tussentijds cassatieberoep zich in beginsel slecht verdraagt met de spoedeisende aard van de

faillissementsprocedure, nu faillissementsprocedures in beginsel zijn gericht op en gebaat zijn bij een snelle afhandeling. Het hof geeft vervolgens echter aan dat volgens hem geen schade zal ontstaan door deze vertraging (rov. 7.10.2):

“De onderhavige procedure kenmerkt zich vanwege haar eigen aard door een bijzonder langdurig verloop. Naar het zich thans laat aanzien wordt echter noch het faillissement van [verzoekster] noch het faillissement van [A] daadwerkelijk geschaad door de eventuele vertraging van afronding van deze procedure.”

Cassatietermijn

2.15. Als gezegd is een (belangrijk) kenmerk van de bijzondere aard van de faillissementsprocedure gelegen in de korte beroepstermijnen. De artikelen 10 en 11 Fw geven voor o.m. het instellen van verzet respectievelijk het instellen van hoger beroep tegen de afwijzing van het verzet een termijn van acht dagen na de dag der uitspraak respectievelijk afwijzing. Artikel 12 Fw, eerste lid, bepaalt met betrekking tot het instellen van cassatieberoep:

“Van het arrest, door het gerechtshof gewezen, kunnen de schuldenaar, de schuldeiser die de faillietverklaring verzocht, de in art. 10 bedoelde schuldeiser of belanghebbende en het Openbaar Ministerie, gedurende acht dagen na de dag der uitspraak, in cassatie komen.”

Onder “arrest” in de zin van dit artikel moeten worden verstaan alle uitspraken – waaronder beschikkingen – door het gerechtshof gegeven krachtens de voorgaande artikelen, zo oordeelde Uw Raad in 1978.³³

2.16. Deze bepaling zal worden gewijzigd bij Wet modernisering faillissementsprocedure.³⁴ In het tweede lid van artikel 12 Fw zal worden verwezen naar de artikelen 426-429 Rv in plaats van naar de artikelen 4, 6 en 8 Fw. Het commune procesrecht gaat daardoor ook gelden voor de procedure tot faillietverklaring in cassatie, maar alleen met betrekking tot de *aanbrenging en behandeling* van de procedure. De (kortere en afwijkende) cassatietermijn van acht dagen (zoals vervat in artikel 12 lid 1 Fw) blijft echter gehandhaafd.³⁵

2.17. Evenals Lock meen ik dat de (analogische) toepassing van bepalingen uit titel 11 van Boek I Rv (waaronder de artikelen 426 en 401a Rv) niet tot het gevolg kan hebben dat daarmee ook afwijkende bepalingen zoals de commune cassatietermijn de faillissementsprocedure worden binnengehaald.³⁶ Het (gesloten) stelsel van rechtsmiddelen met zijn korte termijnen zoals neergelegd in de artikelen 8 tot en met 12 Fw zou daarmee – gegeven de op rechtszekerheid en spoedige afwikkeling gerichte ratio ervan – op onaanvaardbare wijze worden doorkruist.

Bovendien zou toepassing van de algemene cassatietermijn van drie maanden op tussenuitspraken van het hof in faillissementsprocedures het ongerijmde gevolg hebben dat op tussentijds cassatieberoep krachtens verlot van het hof (zoals in de voorliggende zaak) de algemene cassatietermijn van drie maanden van toepassing zou zijn, terwijl het cassatieberoep tegelijk met dat van de einduitspraak op grond van artikel 12 Fw binnen acht dagen zou moeten worden ingesteld.

2.18. Ik kom derhalve tot de conclusie dat in het onderhavige geval [verzoekster] tegen de tussenuitspraak van het hof van 24 augustus 2017 binnen acht dagen cassatieberoep had moeten instellen, te weten uiterlijk op 1 september 2017. Nu het cassatieberoep is ingesteld op 20 september 2017, was dit niet tijdig.

Verschoonbare termijnoverschrijding?

2.19. De vraag is of, zoals [verzoekster] subsidiair betoogt, de gebleken termijnoverschrijding *verschoonbaar* is.

2.20. Als uitgangspunt geldt dat de termijn van acht dagen, zoals neergelegd in artikel 12 Fw, strikt wordt gehandhaafd en dat overschrijding van deze termijn leidt tot niet-ontvankelijkheid.³⁷ Slechts onder bijzondere omstandigheden wordt op dit uitgangspunt een uitzondering gemaakt.³⁸

2.21. Uit vaste rechtspraak volgt dat een uitzondering op de regel kan volgen als de betrokkene door een fout of verzuim van het betrokken gerecht niet tijdig wist en redelijkerwijs ook niet kon weten dat de rechter

uitspraak had gedaan en de uitspraak hem als gevolg van een niet aan hem toe te rekenen fout of verzuim pas na afloop van de rechtsmiddelen termijn is toegezonden of verstrekt.³⁹

In een zodanig geval moet de beroepstermijn verlengd worden met een termijn van veertien dagen — of een zoveel kortere termijn als overeenstemt met de wettelijke beroepstermijn — na de dag van verstrekking of verzending van de beschikking. Met gevallen als zojuist bedoeld moet op één lijn worden gesteld het geval waarin de griffie de beschikking nog wel binnen de beroepstermijn, maar zo laat heeft verzonden of verstrekt dat daartegen binnen die termijn redelijkerwijs zelfs niet meer een beroepschrift kan worden ingediend waarin de gronden voor het beroep niet zijn opgenomen.⁴⁰

Ratio achter deze uitzondering is dat iemand niet buiten zijn schuld als gevolg van een fout of verzuim van (de griffie van) een rechtbank of gerechtshof kan worden afgesneden van een rechtsmiddel dat de wet hem toekent.⁴¹

2.22. Uit de rechtspraak valt verder op te maken dat:

– indien een partij niet werd bijgestaan door een advocaat en niet is gebleken dat aan die partij is medegedeeld op welke datum en op welk tijdstip telefonisch naar de uitspraak kon worden geïnformeerd, dit een verzuim van de rechtbank oplevert als gevolg waarvan die partij redelijkerwijs niet hoefde te weten dat de rechtbank op een bepaalde datum uitspraak had gedaan;⁴²

– indien tijdens de mondelinge behandeling waarbij partijen, voorzien van rechtsbijstand, aanwezig waren, door de voorzitter is medegedeeld dat op een bepaalde datum uitspraak zal worden gedaan en dit ook daadwerkelijk gebeurt, er geen aanleiding bestaat om een termijnoverschrijding verschoonbaar te achten.⁴³

Het doet dan niet meer ter zake dat degene die een rechtsmiddel wil aanwenden door een fout of verzuim van de rechtbank of het hof de uitspraak pas na het verstrijken van de termijn ontvangt. Een enkele vertraging in de toezending van de schriftelijke uitspraak levert dus geen recht op verlenging van de termijn op.⁴⁴ Kennelijk wordt van de betrokkene of diens advocaat verwacht dat hij kort op of na de aangekondigde uitspraakdatum bij het gerecht naar de uitspraak informeert en in ieder geval voor het eind van de termijn cassatie instelt;⁴⁵

– er wel sprake is van een apparaatsfout als de gemachtigde geen toegang had tot het elektronische roljournaal en er daags na de datum waarop vonnis zou worden gewezen achter kwam dat *al eerder* bij vervroeging vonnis was geweest.⁴⁶

2.23. In deze zaak genoot [verzoekster] rechtsbijstand en was haar medegedeeld op welke datum een (tussen)uitspraak zou volgen. Dit blijkt uit het bestreden (tussen)arrest waar het hof in rov. 6.15 overweegt dat het bij brief/fax van 15 juni 2017 aan partijen heeft aangegeven uitspraak te zullen doen op 24 augustus 2017, op welke datum het (tussen)arrest ook daadwerkelijk is geweest. Ook in het roljournaal stond vermeld dat op

24 augustus 2017 een uitspraak zou volgen, zo geeft [verzoekster] zelf aan in haar cassatieverzoekschrift (op p. 4). [verzoekster] kon dus redelijkerwijs weten dat het hof uitspraak had gedaan op de aangegeven datum. Het was aan (de advocaten van) [verzoekster] om op of kort na deze datum navraag te doen bij het hof – dit vooral gezien de korte beroepstermijn in faillissementszaken. Het enkele feit dat zij de uitspraak pas na de beroepstermijn toegezonden hebben gekregen (eventueel door een fout in de adressering zoals wordt aangevoerd door [verzoekster]), maakt de termijnoverschrijding niet verschoonbaar (nog daargelaten dat een dergelijke fout naar mijn mening voor rekening van [verzoekster] dient te komen).

Daarnaast valt niet in te zien dat de brief van de curatoren [verzoekster] (waarin aan [betrokkene 1] een aanwijzing wordt gegeven om geen cassatieberoep in te stellen) dan wel het feit dat het hof de zaak naar december 2017 had verplaatst reden zou zijn om een verschoonbare termijnoverschrijding aan te nemen. Hierin ligt geen uitlating over de toepasselijke beroepstermijn besloten en bovendien genoot [verzoekster] bijstand van meerdere advocaten, die zelf de toepasselijke beroepstermijn (hadden) moeten onderzoeken en bewaken.

Hiervoor is reeds uitvoerig aan bod gekomen dat in casu de beroepstermijn van acht dagen van toepassing is, welke termijn strikt wordt gehandhaafd. Hetgeen door [verzoekster] is aangevoerd kan niet leiden tot een uitzondering op de regel.

2.24. Het bewijsaanbod (verzoekschrift p. 4) kan dan ook als niet ter zake doende worden gepasseerd.

2.25. De slotsom is dat [verzoekster] wegens termijnoverschrijding niet-ontvankelijk is in haar cassatieberoep.

2.26. Mocht Uw Raad tot een andersluidend oordeel komen, dan zal ik gaarne aanvullend concluderen met betrekking tot de cassatieklachten.

2.27. Daarbij merk ik op dat aan ontvankelijkheid van [verzoekster] mijns inziens in dit bijzondere geval niet alsnog in de weg zou moeten staan dat de curatoren [verzoekster] het geding hebben overgenomen op de voet van artikel 27 lid 3 Fw,⁴⁷ nu die overname juist onderwerp van geschil is. [verzoekster] heeft zich in appel tegen de overname verzet en de cassatieklachten zien – overeenkomstig de kennelijke strekking van 's hofs beslissing om cassatieberoep open te stellen (rov. 7.9) – op de afwijzing van dat verzet, onder meer met het betoog dat artikel 27 lid 3 Fw niet van toepassing is, althans de overname berust op misbruik van bevoegdheid.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot niet-ontvankelijkverklaring van [verzoekster] in haar cassatieberoep.

Hoge Raad

(...; red.)

3. Beoordeling van de ontvankelijkheid van het beroep

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) Crescendo Leisure Concepts Holding B.V. (hierna: Crescendo) was tot 22 februari 2013 enig aandeelhouder van [A] B.V. (hierna: [A]).
 - (ii) Bij akte van 22 februari 2013 heeft Crescendo haar aandelen in [A] overgedragen aan [verzoekster] voor de koopsom van € 1,--.
 - (iii) Crescendo is bij vonnis van 26 augustus 2014 failliet verklaard met benoeming van mr. P.R. Dekker (hierna: mr. Dekker) tot curator.
 - (iv) Bij brief van 4 september 2014 aan [verzoekster] en [A] is namens mr. Dekker in zijn hoedanigheid van curator van Crescendo op grond van art. 42 Fw de vernietiging ingeroepen van de hiervoor onder (ii) genoemde aandelentransactie en alle daarmee samenhangende rechtshandelingen.
 - (v) Op 23 oktober 2014 heeft mr. Dekker in zijn hoedanigheid van curator van Crescendo de vernietiging van de verkoop en levering van de aandelen aan [verzoekster] ingeschreven in het aandeelhoudersregister van [A] en in dit aandeelhoudersregister de vermelding van [verzoekster] als aandeelhouder van [A] doorgehaald.
 - (vi) Tijdens de buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders van [A] van 27 oktober 2014 is [verzoekster] als bestuurder van [A] geschorst en is [verweerder 2] benoemd tot interim-bestuurder van [A].
 - (vii) Tijdens de buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders van [A] van 31 oktober 2014 is [verzoekster] als bestuurder van [A] ontslagen.
 - (viii) Tijdens de buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders van [A] van 7 november 2014 is besloten tot het geven van opdracht aan het bestuur van [A] tot het doen van eigen aangifte tot faillietverklaring van [A].
- 3.2.1. De rechtbank heeft [A] op eigen aangifte in staat van faillissement verklaard, met benoeming van de Curator als zodanig.
- 3.2.2. [verzoekster] is als belanghebbende in verzet gekomen tegen het vonnis van de rechtbank. De rechtbank heeft het verzet van [verzoekster] afgewezen.
- 3.2.3. Nadat [verzoekster] hoger beroep had ingesteld tegen deze afwijzing, is zij in staat van faillissement verklaard met benoeming van de Curatoren [verzoekster] als zodanig.

3.2.4. De Curatoren [verzoekster] hebben het hof meegedeeld dat zij het geding overnemen op de voet van art. 27 lid 3 Fw. [verzoekster] heeft zich tegen deze overname van het geding verzet.

3.2.5. Het hof heeft, voor zover in cassatie van belang, geoordeeld dat de Curatoren [verzoekster] de procedure kunnen overnemen en dat het verzet van [verzoekster] daartegen dient te worden afgewezen. Het hof heeft tussentijds cassatieberoep opengesteld van zijn uitspraak.

3.3.1. [verzoekster] kan in haar cassatieberoep tegen deze uitspraak niet worden ontvangen. Daartoe wordt het volgende overwogen.

3.3.2. Indien de curator van zijn in art. 27 lid 3 Fw neergelegde bevoegdheid tot overneming van het geding gebruik maakt, wordt hij van rechtswege partij in plaats van de gefailleerde. Het oordeel van het hof dat de Curatoren [verzoekster] op de voet van art. 27 lid 3 Fw het geding in hoger beroep van [verzoekster] hebben overgenomen, houdt tevens de vaststelling in dat [verzoekster] buiten het geding is gesteld. Dat is een beslissing die, omdat zij ingrijpt in de rechten en belangen van [verzoekster], dient te worden aangemerkt als een uitspraak waartegen voor haar in beginsel een rechtsmiddel openstaat (vgl. onder meer HR 10 februari 2006, [ECLI:NL:HR:2006:AU6519](#), NJ 2006/405 en HR 6 oktober 2017, [ECLI:NL:HR:2017:2568](#), NJ 2017/396).

3.3.3. De uitspraak van het hof houdt voor [verzoekster] het einde in van het door haar ingestelde hoger beroep tegen de faillietverklaring van [A]. De uitspraak heeft ten opzichte van [verzoekster] dan ook te gelden als een einduitspraak. Deze einduitspraak moet ten opzichte van [verzoekster] op een lijn worden gesteld met een uitspraak zoals bedoeld in art. 12 lid 1 Fw waarbij een hoger beroep van [verzoekster] ongegrond is geoordeeld (vgl. HR 19 mei 1978, [ECLI:NL:HR:1978:AC6256](#), NJ 1978/528). Tegen die uitspraak staat dan ook cassatieberoep open.

Dat cassatieberoep kan [verzoekster] zelf, ook al is zij inmiddels in staat van faillissement verklaard, buiten bezwaar van de boedel (in haar eigen faillissement) instellen.

3.3.4. Ingevolge art. 12 Fw kan gedurende acht dagen na de dag van de uitspraak beroep in cassatie worden ingesteld. Nu de uitspraak van het hof was gedaan op 24 augustus 2017, verstreek de cassatietermijn in het onderhavige geval op

1 september 2017. Het verzoekschrift is op 20 september 2017 ter griffie van de Hoge Raad ingekomen, zodat het cassatieberoep te laat is ingesteld.

3.3.5. Volgens vaste rechtspraak is een termijnoverschrijding verschoonbaar indien degene die beroep instelt, ten gevolge van een door (de griffie van) de rechtbank of het hof begane fout of begaan verzuim, niet tijdig wist en redelijkerwijs ook niet kon weten dat de rechter uitspraak heeft gedaan en de uitspraak hem als gevolg van een niet aan hem toe te rekenen fout of verzuim pas na afloop van de termijn voor het instellen van hoger beroep of cassatie is toegezonden of verstrekt. Hetgeen [verzoekster] heeft aangevoerd kan, op de gronden zoals uiteengezet in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.23, niet tot het oordeel leiden dat in dit geval van een verschoonbare termijnoverschrijding sprake is.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verklaart [verzoekster] niet-ontvankelijk in haar beroep;

veroordeelt [verzoekster] in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*)

Noot

1. De hier besproken uitspraak van de Hoge Raad vloeit voort uit een geschil tussen een vastgoedondernemer en zijn curatoren die diverse vennootschappen uit zijn concern failliet trachten te laten verklaren om (o.a.) paulianeuze handelingen tegen te gaan. Een bestudering van de casus, mede op basis van eerder gepubliceerde uitspraken en de conclusie van A-G Rank-Berenschot, [ECLI:NL:PHR:2018:417](#), leert globaal het volgende.

2. In 2013 heeft Crescendo Leisure Concepts Holding BV (hierna: “Crescendo”) alle aandelen van een dochtervennootschap die een hotel dreef (hierna: “Hotel BV”), voor € 1 overgedragen aan een (holding)

vennootschap (hierna: “Holding BV”). Holding BV is ook bestuurder van Hotel BV geworden. Crescendo is in 2014 failliet verklaard. De curator heeft vervolgens de aandelenoverdracht buitengerechtelijk vernietigd op grond van faillissementspauliana.

3. De curator heeft in navolging van zijn buitengerechtelijke vernietiging het stemrecht op de in de boedel teruggekeerde aandelen uitgeoefend om Holding BV als bestuurder van Hotel BV te ontslaan. Vervolgens is door de curator (als stemgerechtigde ten aanzien van de aandelen in Hotel BV) aan een benoemde interim-bestuurder opdracht gegeven tot het doen van eigen aangifte tot faillietverklaring van Hotel BV, waarna het faillissement van Hotel BV is uitgesproken.

4. Holding BV heeft zich tot aan de Hoge Raad – tevergeefs – verzet tegen de buitengerechtelijke vernietiging van de aandelenoverdracht en de bijbehorende uitoefening van de rechten op de aandelen door de curator (zie Hof 's-Hertogenbosch 2 februari 2016, «JOR» [2016/143](#), m.nt. Vermunt en HR 31 maart 2017, [ECLI:NL:HR:2017:568](#)). Verder heeft Holding BV ex art. 10 Fw verzet ingesteld tegen de door de curator geïnstigeerde faillietverklaring van Hotel BV. De hier besproken uitspraak van de Hoge Raad vormt de uiteindelijke slotsom van deze verzetprocedure.

5. Een eerder tussenarrest in de verzetprocedure (Hof 's-Hertogenbosch 7 juli 2016, «JOR» [2017/46](#), m.nt. Warringa) leert dat Holding BV ondanks de buitengerechtelijke vernietiging van de aandelenoverdracht en het ontslag door de curator van Holding BV als bestuurder, ontvankelijk is als belanghebbende ex art. 10 Fw in haar verzet tegen de faillietverklaring van haar (voormalige) dochter, zolang niet onherroepelijk is beslist over de rechtsgeldigheid van de vernietiging van de aandelenoverdracht. Verder leert dit tussenarrest dat de curator in de verzetprocedure nader moest onderbouwen dat ten tijde van het door hem geïnstigeerde faillissement op eigen aangifte van Hotel BV deze vennootschap problematische schulden kende en er dus voldoende grond was voor de faillietverklaring. Tot deze bewijslevering komt het niet. Holding BV wordt namelijk zelf ook weer failliet verklaard, waarbij dezelfde curator(en) worden aangesteld.

6. De curatoren van Holding BV laten het hof weten dat zij de door Holding BV geëntameerde verzetprocedure in hoger beroep op grond van art. 27 lid 3 Fw overnemen. Op basis van dit artikel mag de curator een ten tijde van de faillietverklaring aanhangige procedure overnemen indien daarbij vorderingen door de gefailleerde zijn ingesteld die de boedel aangaan. De gefailleerde wordt hierdoor buiten het geding gesteld. Holding BV kon dus geen proceshandelingen meer verrichten. Vervolgens lieten de curatoren weten dat zij de verzetprocedure, die zij als gevolg van de overname min of meer tegen zichzelf in een andere hoedanigheid voeren, intrekken. Holding BV verzette zich bij het gerechtshof tegen de overname van de verzetprocedure, die feitelijk neerkwam op een beëindiging. Het gerechtshof keurde echter in een tweede tussenarrest d.d. 24 augustus 2017 (ongepubliceerd) de overname door de curatoren goed. Omdat de intrekking al had plaatsgevonden zou daarmee de procedure zijn geëindigd. Het gerechtshof bepaalt echter dat tegen haar (tussen)beslissing dat de curatoren het geding ex art. 27 lid 3 Fw hebben overgenomen en het verzet van Holding BV hiertegen dient te worden afgewezen, tussentijds cassatieberoep kan worden ingesteld. Holding BV maakt van de geboden cassatiemogelijkheid gebruik en dat leidt dan tot het hier besproken arrest van de Hoge Raad.

7. Een antwoord van de Hoge Raad op de vraag of art. 27 lid 3 Fw door een curator zou kunnen worden ingeroepen met als doel een procedure direct na de overname te beëindigen, lijkt mij interessant. Art. 27 Fw strekt ertoe dat de curator (na al dan niet hiertoe te zijn opgeroepen door de tegenpartij) de gelegenheid krijgt een procedure die relevant kan zijn voor de boedel over te nemen. Zo kan worden voorkomen dat de gefailleerde proceshandelingen verricht die mogelijk nadelig zijn voor de boedel zoals eisvermindering of intrekking. Art. 27 Fw biedt echter geen mogelijkheid voor de curator om een procedure te beëindigen. Art. 27 lid 2 Fw gaat er juist van uit dat als de curator de procedure niet overneemt (na daartoe opgeroepen te zijn door de tegenpartij), de gefailleerde het recht heeft om de procedure voort te zetten zonder verdere inmenging van de curator. Daarbij mag de tegenpartij van de gefailleerde wel zekerheid voor de proceskosten verlangen bij gebreke waarvan ontslag van instantie kan worden gevraagd.

8. Gelet op de strekking van art. 27 Fw lijkt het ontnemen van de mogelijkheid aan de gefailleerde om een procedure voort te zetten door deze over te nemen en direct te beëindigen, niet de bedoeling te zijn. Maar een dergelijk handelen door de curator is niet in strijd met de tekst van art. 27 Fw. De gefailleerde zou op grond van het uitlokken van een bevel ex art. 69 Fw kunnen proberen te verhinderen dat de curator de

procedure overneemt om deze te beëindigen. Indien dat niet mogelijk is (bijvoorbeeld omdat de gefailleerde te laat op de hoogte raakt van de intrekking), zou wellicht worden gedacht aan een beroep op het recht op een “effective access to the courts” op basis van art. 6 EVRM. Zie hieromtrent de conclusie van A-G Timmerman bij HR 5 september 2003, «JOR» 2003/289, m.nt. Verstijlen die er op wijst dat de regeling van art. 27 Fw de mogelijkheden voor de gefailleerde om een uitspraak te kunnen krijgen in een door hem gestarte procedure niet illusoir mag maken.

9. Dergelijke vragen komen in de onderhavige uitspraak uiteindelijk niet aan de orde. Het draait alleen om de vraag of het cassatieberoep op tijd is ingesteld. Het cassatieberoep werd ingesteld tegen de (tussen)beslissing van het gerechtshof van 24 augustus 2017 waarin werd bepaald dat (i) de curatoren het geding hebben overgenomen (waarmee Holding BV als gefailleerde buiten het geding werd gesteld), (ii) het verzet tegen deze overname dient te worden afgewezen en (iii) (tussentijds) cassatieberoep mogelijk was. Holding B.V. stelt op 20 september 2017 (meer dan een maand na de beslissing) het cassatieberoep in. De cassatietermijn in een faillissementsprocedure ex art. 12 Fw van acht dagen was dus verstreken. Uit de conclusie van de A-G blijkt dat Holding BV aanvoert dat de cassatietermijn geen acht dagen is, maar drie maanden. Volgens Holding BV was de beslissing van het gerechtshof namelijk een beslissing in een incident. Omdat de Faillissementswet niets regelt over cassatieberoep tegen dergelijke (tussen)beslissingen in hoger beroep en de hiervoor geldende termijn zou moeten worden aangesloten bij de commune cassatietermijn van drie maanden. De A-G maakt in de conclusie korte metten met deze redenering met een aantal argumenten. Ten eerste bepaalt art. 12 Fw dat binnen acht dagen cassatie dient te worden ingesteld tegen “het arrest, door het gerechtshof gewezen” en heeft de Hoge Raad bepaald dat alle uitspraken door het gerechtshof gegeven onder deze definitie vallen waaronder dus tussentijdse beslissingen (HR 19 mei 1978, *NJ* 1978/528, m.nt. Wachter). Gelet op het spoedeisende karakter van een faillissementsprocedure zou verder niet kunnen worden aanvaard dat in geval van een tussenbeslissing een cassatietermijn van drie maanden zou gelden, terwijl bij een eindbeslissing een termijn van acht dagen zou gelden.

10. De Hoge Raad gooit het uiteindelijk – ietwat verrassend – over een andere boeg. Volgens de Hoge Raad is de beslissing van het gerechtshof ten opzichte van Holding BV namelijk helemaal geen tussenbeslissing, maar een eindbeslissing. Daarin is immers vastgesteld dat op basis van art. 27 lid 3 Fw de curatoren van Holding BV de procedure hebben overgenomen, waarmee Holding BV automatisch buiten het geding is gesteld. Het geding is hiermee voor Holding BV geëindigd. Een dergelijke uitspraak moet volgens de Hoge Raad gelijkgesteld worden met een uitspraak zoals bedoeld in art. 12 lid 1 Fw waarbij een hoger beroep van Holding BV in de verzetprocedure ongegrond zou zijn geoordeeld. Daartegen staat conform art. 12 Fw cassatieberoep open binnen een termijn van acht dagen. De bepaling van het hof dat tussentijds cassatieberoep kon worden ingesteld, was volgens de redenering van de Hoge Raad dus eigenlijk overbodig. De Hoge Raad overweegt verder nog uitdrukkelijk dat een cassatieberoep door Holding BV – ook al is zij in staat van faillissement verklaard – buiten bezwaar van de boedel kon worden ingesteld.

11. Holding BV was dus te laat met het instellen van het cassatieberoep. Subsidiar was nog wel een beroep gedaan op een verschoonbare termijnoverschrijding. Blijkens de conclusie van de A-G was de uitspraak van het hof door de griffie niet correct toegezonden of in ieder geval niet tijdig ontvangen. Uit hetgeen was aangevoerd door Holding BV bleek volgens de Hoge Raad echter niet – getoetst aan vaste rechtspraak op dit punt – dat door een fout van (de griffie van) het gerechtshof niet tijdig cassatieberoep kon worden ingesteld. Het totale procesverloop en de uiteindelijke uitkomst van deze zaak bevestigt dat het faillissementsprocesrecht “not for the faint-hearted” is.

M.C. van Genugten, advocaat bij Pot Jonker Advocaten te Haarlem

Voetnoten

¹HR 12 mei 2017, [ECLI:NL:HR:2017:870](#), RvdW 2017/566.

²HR 9 oktober 2015, [ECLI:NL:HR:2015:3012](#), RvdW 2015/1098.

³Gerechtshof 's-Hertogenbosch, arrest van 7 juli 2016, zaaknummer: 200.162.139/01.

- 4 Het hof vermeldt abusievelijk: [A].
- 5 HR 31 maart 2017, [ECLI:NL:HR:2017:568](#), RvdW 2017/434.
- 6 HR 12 mei 2017, [ECLI:NL:HR:2017:870](#), RvdW 2017/566.
- 7 Gerechtshof 's-Hertogenbosch, arrest van 24 augustus 2017, zaaknummer: 200.162.139/01.
- 8 Verwezen word naar prod. 1 bij het cassatieverzoekschrift.
- 9 Verwezen wordt naar prod. 2 bij het cassatieverzoekschrift.
- 10 Vgl. de conclusie van A-G Vlas voor HR 24 april 2015, [ECLI:NL:PHR:2015:147](#), onder 1.2-1.3 en voetnoten 3 en 4. Zie Wessels Insolventierecht I 2016/1407.
- 11 Wessels Insolventierecht I 2016/1389-1390 en 1435a. Zie ook F.P. van Koppen, GS Faillissementswet, Art. 8, Rechtsmiddelen, art. 8-12 (Algemeen), aant. 6.
- 12 Van der Feltz I (1896), p. 282-283.
- 13 HR 9 december 1983, [ECLI:NL:HR:1983:AG4709](#), NJ 1984/384, m.nt. W.H. Heemskerk (*Zuiderwijk/NMB*).
- 14 Wessels Insolventierecht I 2016/1391; Van Koppen, GS Faillissementswet, Art. 8, Rechtsmiddelen, art. 8-12 (Algemeen), aant. 5, en B.J. Engberts, Insolventieprocesrecht in de schijnwerpers, Tvl 2016/10, onder 3.
- 15 F.P.J. Lock, noot onder HR 24 april 2015, [ECLI:NL:HR:2015:1139](#), [JBPr 2015/58](#), onder 5, onder verwijzing naar o.a. HR 9 december 1983, [ECLI:NL:HR:1983:AG4709](#), NJ 1984/384, m.nt. W.H. Heemskerk (*Zuiderwijk/NMB*), HR 20 april 2007, [ECLI:NL:HR:2007:BA3413](#), NJ 2007/243, en HR 14 december 2007, [ECLI:NL:HR:2007:BB5550](#), NJ 2008/6.
- 16 T.T. van Zanten en I.M.A. Lintel, Processuele aspecten van de procedure tot faillietverklaring, Deel II – Rechtsmiddelen, Tvl 2017/3, onder III.
- 17 Van Zanten en Lintel, Tvl 2017/3, onder III, met verwijzing naar HR 12 juli 2002, [ECLI:NL:HR:2002:AE3344](#), NJ 2002/532, rov. 3.2.
- 18 MvT, Kamerstukken II, 2000-2001, 27 824, nr. 3, p. 2-3 en 11. Zie ook T.T. van Zanten en I.M.A. Lintel, Processuele aspecten van de procedure tot faillietverklaring, Deel I – Eerste aanleg, Tvl 2016/33, onder IV.
- 19 Van Zanten en Lintel, Tvl 2017/3, onder III. Zie ook Engberts, Tvl 2016/10, onder 5.3.
- 20 HR 12 oktober 2007, [ECLI:NL:HR:2007:BA7958](#), NJ 2007/622, rov. 3.4.1.
- 21 Van Zanten en Lintel, Tvl 2016/33, onder V. Zie o.a. HR 11 april 2008, [ECLI:NL:HR:2008:BC2721](#), NJ 2008/221, rov. 3.4 (proceskosten) en HR 6 juni 2014, [ECLI:NL:HR:2014:1338](#), NJ 2014/299, rov. 3.5.2 (belanghebbende). Zie ook Engberts, T&C Insolventierecht, art. 362 Fw, aant. 2.
- 22 Zie bijv. HR 29 januari 2016, [ECLI:NL:HR:2016:155](#), NJ 2016/93, rov. 3.3.

- 23 Zie o.m. HR 22 december 2006, [ECLI:NL:HR:2006:AZ2724](#), RvdW 2007/36, rov. 3 en HR 24 april 2015, [ECLI:NL:HR:2015:1139](#), NJ 2015/219, [JBPr 2015/58](#), m.nt. F.J.P. Lock, rov. 3.2.2.
- 24 Engberts, Tvl 2016/10, onder 5.1 en 5.3.
- 25 Engberts, Tvl 2016/10, onder 5.1.
- 26 Engberts, Tvl 2016/10, onder 5.3.
- 27 Van Zanten en Lintel, Tvl 2016/33, onder V, en Tvl 2017/3, onder III.
- 28 Zie Engberts, Tvl 2016/10, onder 2, met verwijzing naar verschillende auteurs. Zie Lock, noot onder HR 24 april 2015, [ECLI:NL:HR:2015:1139](#), [JBPr 2015/58](#), onder 8.
- 29 HR 22 december 2006, [ECLI:NL:HR:2006:AZ2724](#), RvdW 2007/36, rov. 3; HR 24 april 2015, [ECLI:NL:HR:2015:1139](#), NJ 2015/219, [JBPr 2015/58](#), m.nt. F.J.P. Lock, rov. 3.2.2. Vgl. HR 17 januari 2014, [ECLI:NL:HR:2014:96](#), [JBPr 2014/26](#), m.nt. Roffel, rov. 3.3. Zie ook Winters, T&C Rv, art. 426, aant. 10.
- 30 Vgl. HR 7 maart 1938, NJ 1938/1034, waaruit dit ook al kon worden afgeleid.
- 31 Lock, noot onder HR 24 april 2015, [ECLI:NL:HR:2015:1139](#), [JBPr 2015/58](#), onder 6, onder verwijzing naar Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012/149.
- 32 Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 17 november 2014, [ECLI:NL:GHARL:2014:8818](#), rov. 3.7.
- 33 HR 19 mei 1978, [ECLI:NL:HR:1978:AC6256](#), NJ 1978/528, m.nt. B. Wachter. Zie ook Van Sint Truiden, T&C Insolventierecht, art. 12 Fw, aant. 2, en Wessels, Insolventierecht I 2016/1434.
- 34 Wetsvoorstel 34 740: Wijziging van de Faillissementswet en enige andere wetten in verband met het moderniseren van de faillissementsprocedure (Wet modernisering faillissementsprocedure). Op 22 februari 2018 heeft de Tweede Kamer dit wetsvoorstel als hamerstuk afgedaan. Het voorstel is momenteel in behandeling bij de Eerste Kamercommissie voor Justitie & Veiligheid. Het voorlopig verslag is in voorbereiding. Zie: https://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/34740_wet_modernisering.
- 35 MvT, Kamerstukken II, 2016-2017, 34 740, nr. 3, p. 16; Van Zanten en Lintel, Tvl 2017/3, onder IV.
- 36 Lock, noot onder HR 24 april 2015, [ECLI:NL:HR:2015:1139](#), [JBPr 2015/58](#), onder 7.
- 37 Zie bijv.: HR 8 juli 1987, [ECLI:NL:HR:1987:AC0458](#), NJ 1988/105, rov. 3.
- 38 Kinderman, GS Faillissementswet, artikel 12 Fw, aant. 1 en Van Zanten en Lintel, Tvl 2017/3, onder II. Zie ook Wessels, Insolventierecht I 2016/1393. Zie bijv.: HR 3 oktober 2014, [ECLI:NL:HR:2014:2894](#), NJ 2016/89, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.4.2.
- 39 Kinderman, GS Faillissementswet, artikel 12 Fw, aant. 1, en Van Zanten en Lintel, Tvl 2017/3, onder II. Zie ook Polak/Pannevis, Insolventierecht 2017, par. 3.14.9, en Wessels Insolventierecht I 2016/1393a. Zie o.a.: HR 10 juni 2005, [ECLI:NL:HR:2005:AT1097](#), NJ 2005/372, rov. 3.4, HR 11 juli 2014, [ECLI:NL:HR:2014:1682](#), NJ 2014/359, rov. 3.4, en HR 22 april 2016, [ECLI:NL:HR:2016:727](#), NJ 2016/225, rov. 3.3.2.
- 40 Van Zanten en Lintel, Tvl 2017/3, onder II. Zie ook: HR 28 november 2003, [ECLI:NL:HR:2003:AN8489](#), NJ 2005/465, m.nt. W.D.H. Asser, rov. 3.2.

41HR 25 september 2015, [ECLI:NL:HR:2015:2814](#), NJ 2015/389, rov. 3.5.1.

42HR 22 april 2016, [ECLI:NL:HR:2016:727](#), NJ 2016/225, rov. 3.3.3.

43HR 11 juli 2014, [ECLI:NL:HR:2014:1682](#), NJ 2014/359, rov. 3.4. Vgl. HR 13 juli 2001, [ECLI:NL:HR:2001:ZC3673](#), NJ 2001/513, rov. 3.3.

44Van Zanten en Lintel, Tvl 2017/3, onder II.

45Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/258.

46HR 25 september 2015, [ECLI:NL:HR:2015:2814](#), NJ 2015/389.

47Vgl. HR 12 april 2013, [ECLI:NL:HR:2013:BZ1065](#), NJ 2013/222, [JOR 2014/111](#), m.nt. M.C.L. Snoeks, [JBPr 2013/39](#), m.nt. J.E.P.A. van Hooff.