

JOR 2019/47, Hoge Raad 30-11-2018, ECLI:NL:HR:2018:2220, 18/01575 (met annotatie van mr. M.C. van Genugten) Schorsing van het geding in cassatie ex art. 27 Fw in verband met schuldsanering (omgezet in faillissement), Verzoek tot schorsing is geen misbruik van bevoegdheid, Geen afweging van belangen vereist in verband met eventuele zekerheidsstelling voor de proceskosten, Verwijzing naar HR 16 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2112

Wetsbepaling(en):

[FW artikel 25](#), [FW artikel 27](#), [FW artikel 313](#), [RV artikel 224](#), [RV artikel 224](#)

Ook gepubliceerd in:

[ECLI:NL:HR:2018:2220](#), [INS-Updates.nl 2019-0018](#) , [NJ 2018/471](#), [NJB 2018/2262](#), [RvdW 2018/1300](#)

[Open dit document in PDF formaat](#)

JOR 2019/47, Hoge Raad, 30-11-2018, ECLI:NL:HR:2018:2220, 18/01575 (annotatie)

Inhoudsindicatie

Schorsing van het geding in cassatie ex art. 27 Fw in verband met schuldsanering (omgezet in faillissement), Verzoek tot schorsing is geen misbruik van bevoegdheid, Geen afweging van belangen vereist in verband met eventuele zekerheidsstelling voor de proceskosten, Verwijzing naar HR 16 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2112

Ga direct naar

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

Gegevens

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	30-11-2018

Publicatie	JOR 2019/47 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 2, 2019
Annotator	mr. M.C. van Genugten
ECLI	ECLI:NL:HR:2018:2220
Zaaknummer	18/01575
Overige publicaties	ECLI:NL:HR:2018:2220 NJB 2018/2262 NJ 2018/471 RvdW 2018/1300 INS-Updates.nl 2019-0018
Rechtsgebied	Insolventierecht
Rubriek	Financiering, zekerheden en insolventie
Rechters	mr. Numann mr. Snijders mr. Tanja-van den Broek mr. Kroeze mr. Wattendorff
Partijen	1. X, 2. Stichting De Vijf Musketers te Eindhoven, eiseressen tot cassatie, advocaat: mr. C.S.G. Janssens, tegen 1. mr. Ph.W. Schreurs, 2. mr. J.E. Stadig, in hun hoedanigheid van curatoren in het faillissement van Y, verweerders in cassatie, advocaat: mr. M.A.J.G. Janssen.
Regelgeving	Fw - 25 lid 1 Fw - 27 Fw - 313 lid 1 Rv - 224

Samenvatting

De curatoren hebben, onder verwijzing naar de toen nog voor eiseres sub 1 geldende schuldsaneringsregeling, op 8 juni 2018 op grond van art. 313 lid 1 Fw in verbinding met art. 27 lid 1 Fw verzocht om het geding in cassatie te schorsen teneinde in de gelegenheid te worden gesteld om de

bewindvoerder van eiseres sub 1 tot overneming van het geding op te roepen. Zij hebben daarbij aangekondigd dat zij ontslag van instantie zullen vragen indien de bewindvoerder van eiseres sub 1 het geding in cassatie niet overneemt. Voor het geval geen ontslag van instantie volgt, hebben de curatoren verklaard zich het recht voor te behouden om op de voet van art. 224 Rv zekerheidsstelling te vorderen van eiseres sub 1 voor de proceskosten in cassatie. Na beëindiging van het schriftelijke partijdebat in cassatie is de toepasselijkheid van de schuldsaneringsregeling omgezet in het faillissement van eiseres sub 1. Van misbruik van de bevoegdheid tot het verzoeken van schorsing als bedoeld in art. 27 Fw is geen sprake. Het enkele feit dat de curatoren al tijdens de appelprocedure wisten dat eiseres sub 1 tot de schuldsaneringsregeling was toegelaten, maar toen geen schorsing hebben gevraagd, is daartoe onvoldoende. Indien sprake zou zijn van de door eiseres sub 1 gestelde cessie van de vorderingen aan Prato, is daarmee nog niet gegeven dat eiseres sub 1 deze procedure voert als lasthebber van Prato. De curatoren hebben, naast het bestaan van de gestelde cessie, ook het bestaan van een lastgeving betwist. Nu eiseres sub 1 daarvan geen bewijsstukken heeft overgelegd, kan het bestaan van de gestelde lastgeving niet worden aangenomen (vgl. o.m. HR

16 november 2018, [ECLI:NL:HR:2018:2112](#)). Uitgangspunt moet daarom zijn dat eiseres sub 1 voor eigen rekening is blijven procederen. Nu het in dit geding gaat om een vordering als bedoeld in art. 25 lid 1 en 27 lid 1 Fw, is daarmee aan de voorwaarden voor schorsing als bedoeld in art. 27 Fw voldaan. De mededeling van eiseres sub 1 dat Prato bereid is om zekerheid te stellen voor de proceskosten, doet daaraan niet af. Afgezien van het feit dat niet is komen vast te staan dat eiseres sub 1 lasthebber is van Prato en een dergelijk aanbod namens Prato kan doen, biedt art. 27 Fw de wederpartij van een failliet zonder meer het recht schorsing van de procedure te vorderen om de curator in het geding te roepen. Een afweging van belangen in verband met een eventuele zekerheidsstelling voor de proceskosten komt pas aan de orde indien de curator van eiseres sub 1 zou beslissen de procedure niet over te nemen en de curatoren om ontslag van instantie verzoeken. Het schorsingsverzoek zal dan ook worden toegewezen.

Uitspraak

Conclusie Advocaat-Generaal (mr. De Bock)

Het gaat in deze zaak om een schorsingsincident op de voet van art. 313 Faillissementswet (Fw) jo. art. 27 lid 1 Fw.

1. Feiten

In deze zaak kan van de volgende feiten worden uitgegaan, ontleend aan het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 16 januari 2018¹ en het vonnis van de rechtbank Limburg, zittingsplaats Roermond, van 9 maart 2016.²

1.1. [eiseres 1] is gehuwd met [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]). [betrokkene 1] is op 16 april 2013 in staat van faillissement verklaard, met benoeming van mr. J.E. Stadig en mr. P.W. Schreurs als curatoren (hierna: de curatoren).

1.2. De Stichting De Vijf Muskietiers (hierna: De Vijf Muskietiers) behartigt de financiële belangen van de vijf kinderen van [betrokkene 1] en [eiseres 1].

1.3. [eiseres 1] en De Vijf Muskietiers hebben zich jegens de curatoren op het standpunt gesteld dat zij in 2009 vorderingen van ruim € 1.7 miljoen respectievelijk bijna € 1 miljoen op [betrokkene 1] hebben verkregen. Deze vorderingen zouden zijn geformaliseerd bij notariële akten van 2 februari 2010, waarbij de verplichting zou zijn opgenomen tot het vestigen van pandrechten tot meerdere zekerheid van de vorderingen. Deze pandrechten zijn in de periode juli 2012 tot april 2013 geregistreerd. Tussen [eiseres 1] en

De Vijf Muskietiers enerzijds en de curatoren anderzijds is verschil van mening ontstaan over de uitwinning van deze pandrechten. De curatoren hebben zich daarbij op het standpunt gesteld dat de pandrechten vernietigbaar zijn.

1.4. Bij brief van 7 mei 2013 hebben de curatoren [eiseres 1] en De Vijf Muskietiers een termijn als bedoeld in art. 58 Fw van zeven dagen gesteld voor de uitoefening van hun pandrechten. Op 14 mei 2013 hebben de advocaten van [eiseres 1] en De Vijf Muskietiers verlenging van deze termijn verzocht. Op 30 mei 2013 heeft de rechter-commissaris in het faillissement van [betrokkene 1] (verder: de r-c) de termijn met zes weken verlengd tot 1 juli 2013.

1.5. Namens [eiseres 1] en De Vijf Muskietiers is op 28 juni 2013 wederom verzocht om verlenging van de termijn. De r-c heeft het verlengingsverzoek op 4 juli 2013 afgewezen, echter met dien verstande dat de termijn is verlengd tot 1 oktober 2013 voor de vorderingen ten aanzien waarvan op de datum van de beslissing een procedure aanhangig was en waarin nog geen vonnis was geweest.

1.6. Bij e-mail van 15 oktober 2013 is namens de curatoren aan [eiseres 1] en aan De Vijf Muskietiers een termijn ex art. 58 Fw van 45 dagen gesteld ten aanzien van de pandrechten op het aandeel van [betrokkene 1] in de economische eigendom van het winkelcentrum te Berlicum. [eiseres 1] en De Vijf Muskietiers hebben zich erop beroepen dat de door de curator gestelde termijn voor uitwinning als bedoeld in art. 58 Fw onredelijk kort is geweest.

1.7. Bij vonnis van de rechtbank Oost-Brabant van 14 juni 2016 is [eiseres 1] toegelaten tot de Wet schuldsanering natuurlijke personen (Wsnp). Tot bewindvoerder is aangesteld M.H.S. van der Plas te Best.

1.8. Uit het faillissementsregister blijkt dat de toepassing van de schuldsaneringsregeling ten aanzien van [eiseres 1] tussentijds is beëindigd.³ Het daartegen door [eiseres 1] ingestelde hoger beroep is afgewezen, met de faillietverklaring van [eiseres 1] met ingang van 8 september 2018 (zie daarover nader onder 5.1).⁴

2. Procesverloop

2.1. Bij inleidende dagvaarding van 12 maart 2014 hebben [eiseres 1] en De Vijf Muskietiers onder meer een verklaring voor recht gevorderd dat de curatoren geen beroep toekomt op het verstrijken van de door hen op 7 mei 2013 en 14⁵ oktober 2013 gestelde termijnen jegens [eiseres 1] en De Vijf Muskietiers. Zij leggen daaraan ten grondslag dat de termijn die de curatoren bij brief van 7 mei 2013 hebben gesteld onredelijk kort is geweest.

2.2. De rechtbank Limburg, zittingsplaats Roermond, heeft het gevorderde bij vonnis van 9 maart 2016 grotendeels toegewezen. De rechtbank heeft geoordeeld dat de termijn van art. 58 Fw, die aanvankelijk slechts een week bedroeg, onredelijk kort was. Dit betekent volgens de rechtbank dat ervan moet worden uitgegaan dat *geen* termijnstelling als bedoeld in art. 58 Fw heeft plaatsgevonden (rov. 4.31). Dat de termijn nadien door de r-c is verlengd, brengt volgens de rechtbank niet met zich dat alsnog sprake is geweest van een redelijke termijn (rov. 4.32). Doordat geen termijnstelling als bedoeld in art. 58 Fw heeft plaatsgevonden, was de curator niet bevoegd om tot inning van de vorderingen over te gaan (rov. 4.33).

2.3. De curatoren hebben tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld.

2.4. Bij arrest van 16 januari 2018 heeft het gerechtshof 's-Hertogenbosch het vonnis van de rechtbank vernietigd. Het hof heeft daartoe overwogen – kort samengevat – dat het op de weg ligt van [eiseres 1] en De Vijf Muskietiers om het bestaan van de gestelde vorderingen op [betrokkene 1] te onderbouwen, gelet op de gemotiveerde betwisting van die stelling door de curatoren. Volgens het hof hebben [eiseres 1] en De Vijf Muskietiers dat onvoldoende gedaan (rov. 3.7.9). Dit betekent, zo overweegt het hof, dat de vraag of [eiseres 1] en De Vijf Muskietiers een rechtsgeldig pandrecht op die vorderingen hebben verworven en of de curatoren aan hen een redelijke termijn als bedoeld in art. 58 Fw hebben gesteld om tot uitoefening van hun rechten over te gaan, onbeantwoord kan blijven (rov. 3.7.10).

2.5. [eiseres 1] en De Vijf Muskietiers hebben op 16 april 2018 tegen het arrest cassatieberoep ingesteld.

2.6. De curatoren hebben bij akte van 8 juni 2018 verzocht om schorsing van de procedure, zowel ten aanzien van [eiseres 1] als ten aanzien van De Vijf Muskietiers, teneinde de bewindvoerder van [eiseres 1] binnen een door de Hoge Raad te bepalen termijn in het geding op te roepen tot overneming van het geding

in cassatie (art. 313 lid 1 Fw jo. art. 27 lid 1 Fw). In de hoofdzaak hebben zij een voorwaardelijk verweerschrift ingediend en geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep.

2.7. [eiseres 1] heeft verweer in het incident gevoerd. Vervolgens hebben partijen op elkaars stellingen gereageerd.

3. Standpunten partijen

3.1. De curatoren hebben bij conclusie ter rolle van 8 juni 2018 op grond van art. 313 lid 1 Fw jo. art. 27 lid 1 Fw verzocht om het geding te schorsen teneinde in de gelegenheid te worden gesteld om de bewindvoerder van [eiseres 1] tot overneming van het geding op te roepen, aangezien [eiseres 1] met ingang van 14 juni 2016 is toegelaten tot de schuldsaneringsregeling. Mocht de bewindvoerder van [eiseres 1] het geding in cassatie niet overnemen, dan zullen de curatoren ontslag van instantie vragen. Voor het geval er geen ontslag van instantie volgt, behouden de curatoren zich het recht voor om op de voet van art. 224 Rv zekerheidsstelling te vorderen van [eiseres 1] voor de proceskosten in cassatie.

3.2. [eiseres 1] heeft in het incident primair als verweer gevoerd dat zij de verpande vorderingen bij akte van cessie van 11 september 2014, dus voordat de schuldsaneringsregeling op haar van toepassing is verklaard, heeft verkocht aan de stichting Prato (hierna: Prato).⁶ [eiseres 1] stelt dat zij dan ook niet namens zichzelf procedeert, maar namens de cessionaris, Prato. Daardoor hebben de (proces)handelingen van [eiseres 1] in de onderhavige procedure geen invloed op de boedel, met dien verstande dat de proceskosten niet op [eiseres 1] kunnen worden verhaald. Aangezien Prato bereid is om zekerheid te stellen voor de proceskosten, hebben de curatoren geen belang bij de gevorderde schorsing en het aangekondigde verzoek jegens [eiseres 1] ontslagen te worden van instantie in het geval de bewindvoerder het geding niet overneemt.⁷ [eiseres 1] verzoekt de Hoge Raad dan ook een bedrag te bepalen waarvoor zekerheid dient te worden gesteld en een termijn waarbinnen dit dient plaats te vinden. Binnen die termijn zal Prato als cessionaris vorderen in het geding te mogen tussenkomen.

3.3. In reactie hierop hebben de curatoren zich in een schrijven van 2 juli 2018 primair op het standpunt gesteld dat tussenkomst in cassatie niet mogelijk is.⁸ Subsidiair voeren zij aan dat noch in de appelprocedure noch in de procesinleiding in cassatie melding is gemaakt van de gestelde cessie aan Prato. Bovendien is onder 1.2, onder 1.7 en onder middelonderdeel 4 van de procesinleiding in cassatie gesteld dat [eiseres 1] en De Vijf Muskietiers zelf recht hebben op de gepretendeerde vorderingen op [betrokkene 1]. Dat is niet te verenigen met de gestelde cessie. Als het juist is dat de vorderingen door [eiseres 1] zijn gecedeerd aan Prato, vragen de curatoren zich af op welke grondslag [eiseres 1] dan de onderhavige procedure heeft gevoerd. Verder betwisten de curatoren dat sprake is van een geldige cessie, omdat er geen titel is voor de cessie. Ten slotte stellen de curatoren dat zij niet alleen de curator in het geding wensen te roepen teneinde zekerheidsstelling voor de proceskosten te verkrijgen.

3.4. [eiseres 1] heeft hierop in een schrijven van 12 juli 2018 geantwoord dat geen tussenkomst is bedoeld, maar dat Prato zich wenst te voegen op de voet van art. 217 Rv. Dat kan ook in cassatie. Verder blijft [eiseres 1] bij haar standpunt dat de curatoren na zekerheidsstelling door Prato geen belang meer hebben bij schorsing dan wel ontslag van instantie. Voorts merkt zij op dat de curatoren reeds tijdens de appelprocedure wisten dat [eiseres 1] tot de schuldsaneringsregeling was toegelaten, maar dat zij daarin toen kennelijk geen aanleiding zagen voor een schorsingsverzoek. De curatoren gebruiken de bevoegdheid van art. 27 Fw om [eiseres 1] te beletten een voor haar nadelige uitspraak in cassatie aan te vechten. Aangezien die bevoegdheid daar niet voor bedoeld is, maken zij misbruik van bevoegdheid.⁹ Ten aanzien van de betwiste procesbevoegdheid stelt [eiseres 1] dat zij op basis van lastgeving procedeert ten behoeve van Prato. Volgens [eiseres 1] hebben de curatoren geen belang bij schorsing, nu zekerheidsstelling voor de proceskosten door Prato is aangeboden. De advocaat van [eiseres 1] biedt aan dat het bedrag van de zekerheidsstelling voor de duur van de procedure op de derdengeldrekening van zijn kantoor wordt aangehouden.

3.5. De curatoren stellen in een reactie hierop van 17 juli 2018 dat zij in het schrijven van [eiseres 1] van 12 juli 2018 een nieuwe incidentele vordering tot voeging door Prato lezen. Volgens de curatoren heeft [eiseres 1] op geen enkele wijze onderbouwd dat zij in hoger beroep op basis van lastgeving heeft geprocedeerd en

dat ook in cassatie zou doen. De curatoren blijven bij hun betwisting van de rechtsgeldigheid van zowel de gestelde lastgeving als de gestelde cessie. Verder vorderen de curatoren een proceskostenveroordeling van [eiseres 1], zowel in het door hen opgeworpen schorsingsincident als in de door [eiseres 1] en Prato opgeworpen incidenten tot voeging en tussenkomst.

3.6. Bij schrijven van 2 augustus 2018 heeft [eiseres 1] haar verweer gehandhaafd, evenals haar stelling dat de curatoren misbruik van bevoegdheid maken. Verder merkt zij nog op dat van een vordering tot tussenkomst in de brief van 21 juni 2018 geen sprake is geweest, maar slechts van een voornemen daartoe. Een proceskostenveroordeling is dan ook niet aan de orde. Subsidiair, voor het geval wordt geoordeeld dat het geding ten aanzien van [eiseres 1] wordt geschorst, vordert Prato, als cessionaris, “hierbij” zich op grond van art. 218 Rv te mogen voegen aan de zijde van De Vijf Muskietiers.

4. Inleidende opmerkingen

Lastgeving

4.1. Lastgeving is geregeld in de art. 7:414-424 BW. Volgens art. 7:414 lid 1 BW is lastgeving de overeenkomst van opdracht waarbij de ene partij, de lasthebber, zich jegens de andere partij, de lastgever, verbindt voor rekening van de lastgever een of meer rechtshandelingen te verrichten. Lastgeving is dus een bijzondere vorm van de overeenkomst van opdracht, die specifiek ziet op het verrichten van rechtshandelingen.¹⁰

4.2. In het tweede lid van art. 7:414 BW is bepaald dat de overeenkomst de lasthebber kan verplichten te handelen *in eigen naam*, maar dat zij ook kan verplichten te handelen *in naam van de lastgever*. De inhoud van de lastgeving hangt daarmee af van wat partijen daarover precies hebben afgesproken.¹¹

4.3. Als partijen zijn overeengekomen dat de lasthebber *in eigen naam* handelt, is sprake van middellijke vertegenwoordiging. Bij middellijke vertegenwoordiging verricht iemand krachtens zijn bevoegdheid een rechtshandeling in eigen naam, waardoor hij zichzelf bindt, maar voor rekening van iemand anders. Hoewel de lastgever dus degene is die uiteindelijk economisch gebonden is, is het de lasthebber zelf die een verbintenis aangaat met de wederpartij en jegens de wederpartij gehouden is tot nakoming. De lastgever is geen partij bij de overeenkomst.¹² De wederpartij kan dus ook geen rechten uitoefenen tegen de lastgever.

4.4. De hoofdregel dat als overeengekomen is dat de lasthebber in eigen naam handelt, de lastgever juridisch buiten de overeenkomst staat, geldt niet wanneer de lasthebber failliet is of wanneer de schuldsaneringsregeling op hem van toepassing is verklaard. De voor overgang vatbare rechten van de lasthebber jegens derden gaan dan over op de derde, zo bepaalt art. 7:420 lid 1 BW. Daarvoor is een schriftelijke verklaring van de lastgever nodig, gericht aan de lasthebber en de derde. Verder bepaalt art. 7:421 lid 1 BW dat bij faillissement of toepasselijkheid van de schuldsaneringsregeling op de lasthebber, de derde zijn rechten uit de overeenkomst ook tegen de lastgever kan uitoefenen. Ook daarvoor is schriftelijke mededeling aan de lasthebber en de lastgever vereist. In deze situatie ontstaat er dus een rechtstreekse rechtsverhouding tussen de lastgever en de derde.¹³

4.5. Als de lasthebber *in naam van de lastgever* handelt, is sprake van vertegenwoordiging en heeft de lasthebber een volmacht nodig van de lastgever (art. 3:60 BW). In dat geval wordt de lastgever partij bij de overeenkomst.¹⁴ Als de volmacht ontbreekt, is de lasthebber zelf aan de rechtsgevolgen gebonden.¹⁵

4.6. Een derde mogelijkheid is dat de lastgevingsovereenkomst de lasthebber de vrijheid geeft om *óf in eigen naam óf in naam van de lastgever* te handelen. De lastgeving houdt dan tevens een volmacht in, maar verplicht de lasthebber niet om van de volmacht gebruik te maken.¹⁶ Voor de vraag of door het handelen van de lasthebber hijzelf dan wel de volmachtgever wordt gebonden, is dan bepalend of de lasthebber de rechtshandeling in eigen naam of in naam van de lastgever is aangegaan.¹⁷

4.7. Art. 7:422 lid 1, onder a, BW bepaalt dat de lastgeving eindigt door het faillissement van de *lastgever* of het ten aanzien van hem van toepassing verklaren van de schuldsaneringsregeling. Deze regel is van dwingend recht. Art. 7:422 lid 1, onder b, BW bevat een soortgelijke bepaling ten aanzien van de *lasthebber*.

Deze bepaling is echter van regelend recht, zo volgt uit lid 2 van art. 7:422 BW. Partijen kunnen dus bij overeenkomst bepalen dat zij in een dergelijk geval de lastgeving toch willen laten voortbestaan.¹⁸

De lasthebber als procespartij

4.8. Er kan onderscheid worden gemaakt tussen de procespartij in formele zin en de procespartij in materiële zin.¹⁹ De procespartij in formele zin is de procespartij op wiens naam de procedure wordt gevoerd. De procespartij in materiële zin is degene ten laste en ten gunste van wiens vermogen wordt geprocedeerd. Zo kan een minderjarige de materiële procespartij zijn, en zijn wettelijk vertegenwoordiger de formele procespartij.

4.9. Een formele procespartij kan op basis van lastgeving een procedure voeren voor een materiële procespartij. Dat kan zowel in eigen naam, als in naam van de lastgever (zie onder 4.2). Als de lasthebber *in eigen naam* een procedure aanhangig maakt, is hij zelf partij en ook zelf gebonden aan de uitspraak. Als hij de procedure verliest, kan hij een proceskostenveroordeling in rekening brengen bij de lastgever. De gedaagde partij heeft in beginsel geen verhaalsmogelijkheden jegens de lastgever (zie onder 4.3). Dit is echter anders indien de lasthebber failliet gaat of indien de schuldsaneringsregeling op de lasthebber van toepassing wordt verklaard. In dat geval kan de derde/wederpartij, na schriftelijke mededeling aan de lasthebber en de lastgever, zijn rechten tegen de lastgever uitoefenen voor zover deze op het tijdstip van de mededeling op overeenkomstige wijze jegens de lasthebber gehouden is (art. 7:421 lid 1 BW).²⁰ Een eventuele proceskostenveroordeling kan de wederpartij in deze situatie dus rechtstreeks verhalen op de lastgever (zie onder 4.4).

4.10. Als de lasthebber procedeert *in naam van de lastgever* (en dus op basis van volmacht), moet dit in het inleidende processtuk worden vermeld. Een partij moet namelijk in zijn eerste processtuk – dagvaarding of conclusie van antwoord – vermelden dat hij procedeert als gevolmachtigde van een met name genoemde volmachtgever. Een partij kan de hoedanigheid waarin hij optreedt gedurende de procedure niet wijzigen: een partij die eerst *pro se* optrad kan niet – door bijvoorbeeld zijn eis te wijzigen – later (tevens) in de hoedanigheid van vertegenwoordiger van een derde optreden.²¹ Indien er onduidelijkheid bestaat over de vraag in welke hoedanigheid de eisende partij optreedt, moet het exploit aan de hand van de artt. 3:33 en 3:35 BW worden uitgelegd, zo volgt uit het arrest [...]/*ABN Amro*.²² Daarbij moeten echter, gelet op de aard van het exploit en de belangen van de wederpartij, strenge eisen worden gesteld aan de duidelijkheid van de formulering van het exploit en aan de omschrijving van de identiteit en de hoedanigheid van degene op wiens verzoek het wordt uitgebracht.

Voeging en tussenkomst in cassatie

4.11. Art 217 Rv bepaalt dat ieder die een belang heeft bij een geding dat aanhangig is tussen andere partijen, kan vorderen om zich in dat geding te mogen voegen of daarin te mogen tussenkomen. In beide gevallen gaat het om de vrijwillige deelname van een derde in de procedure. Bij *voeging* ondersteunt de derde het standpunt van een van de partijen. Bij *tussenkomst* neemt de derde een eigen positie in het geding in en stelt hij een eigen vordering in. Een vordering tot tussenkomst kan niet pas in cassatie worden ingesteld. Dit zou immers tot gevolg hebben dat de bestreden uitspraak op een nieuwe feitelijke grondslag moet worden beoordeeld, namelijk het vorderingsrecht van de derde. Dat is in strijd met art. 419 Rv, op grond waarvan de toetsing in cassatie beperkt blijft tot de bestreden uitspraak en de gedingstukken.²³

4.12. Het voorgaande geldt niet voor voeging; de derde sluit zich immers aan bij het standpunt van een van de partijen en introduceert geen nieuwe feitelijke grondslag. Een derde kan er in cassatie belang bij hebben om zich te voegen, indien een ongunstige uitkomst van de procedure van de partij aan de zijde van wie de derde zich wenst te voegen, zijn rechtspositie ongunstig beïnvloedt.²⁴ Op zichzelf is voeging in cassatie dus mogelijk. De voegende partij is echter gebonden aan de rechtsstrijd zoals die in het cassatiemiddel is afgebakend en mag geen eigen middelen aanvoeren.

Schorsing van het geding ex art. 27 Fw

4.13. Art. 27 Fw geeft een regeling voor de situatie waarin de eisende partij tijdens een lopende procedure failliet gaat. Het eerste lid bepaalt dat de gedaagde partij in dat geval schorsing van het geding kan verzoeken om in de gelegenheid te worden gesteld om de curator tot overneming van het geding op te

roepen. De gedaagde is niet verplicht om schorsing te vragen; als hij geen schorsing verzoekt wordt het geding door de gefailleerde eisende partij voortgezet. In dat geval kan een eventuele proceskostenveroordeling van de gefailleerde eisende partij echter niet op de boedel worden verhaald, zo volgt uit art. 25 lid 2 Fw. Ook als de gedaagde geen schorsing verzoekt, kan de curator het geding overnemen. Het derde lid van art. 27 Fw bepaalt dat de curator, ook zonder opgeroepen te zijn, te allen tijde bevoegd is het geding over te nemen en de gefailleerde buiten het geding te doen stellen.²⁵

4.14. Hoewel art. 27 Fw uitsluitend lijkt te zien op de procedure in eerste aanleg, volgt uit de aard en strekking en het stelsel van art. 25 Fw e.v. dat de gefailleerde van een uitspraak met betrekking tot een door hem vóór de faillietverklaring ingestelde rechtsvordering zelf in hoger beroep en cassatie kan komen en dat de wederpartij ook in dat geval schorsing kan verzoeken.²⁶

4.15. Als de curator het geding wenst over te nemen, heeft hij daarvoor machtiging van de rechter-commissaris nodig (art. 68 lid 2 Fw). Als de curator het geding overneemt op grond van art. 27 lid 1 of art. 27 lid 3 Fw, wordt hij procespartij en neemt hij de procespositie van de gefailleerde over. De gefailleerde is vanaf dat moment geen partij meer in de procedure. De procedure wordt dan voor rekening van de boedel gevoerd.²⁷

4.16. Als de curator, na behoorlijk te zijn opgeroepen,²⁸ het geding niet overneemt, kan de gedaagde partij op grond van art. 27 lid 2 Fw ontslag van instantie vragen. Zij is daartoe echter niet verplicht.²⁹ Als de wederpartij geen ontslag van instantie vraagt, wordt het geding tussen de failliet en de wederpartij buiten bezwaar van de boedel voortgezet, zo volgt uit art. 27 lid 2, tweede zin, Fw. Het buiten bezwaar van de boedel voortzetten van de procedure houdt in dat de proceskosten van de voortzetting van de procedure bij verlies niet ten laste van de boedel komen, hoewel de boedel wel aan de uitspraak gebonden is.³⁰

4.17. Als de gedaagde wel ontslag van instantie vraagt en dit verzoek wordt toegewezen, komt het geding ten einde. Indien dit in appel geschiedt, gaat de uitspraak in eerste aanleg of, indien sprake is van verwijzing, de uitspraak in cassatie in kracht van gewijsde.³¹ De heersende opvatting in de feitenrechtspraak is dat de gedaagde in dat geval veroordeling van de failliet in de proceskosten kan vorderen.³²

4.18. De rechter heeft de bevoegdheid om het verzoek tot ontslag van instantie af te wijzen, indien toewijzing daarvan in strijd is met de goede procesorde.³³ Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn als sprake is van een zodanige band tussen de vorderingen in conventie en in reconventie dat deze niet moet worden verbroken.³⁴ Ook kan afwijzing van het verzoek tot ontslag van instantie aangewezen zijn als het belang van de eisende partij bij het verkrijgen van een uitspraak zwaarder moet wegen dan het belang van gedaagde bij ontslag van instantie. In een arrest van 23 september 2005 overwoog de Hoge Raad hierover het volgende:³⁵ “3.3.2. Voorts geldt dat art. 27 lid 2 Fw niet dwingt tot toewijzing van een verzoek tot verlening van ontslag van instantie en dat de rechter onder omstandigheden het verzoek mag afwijzen. Voor zodanige afwijzing zal in ieder geval reden zijn indien toewijzing van het verzoek in strijd zou komen met de eisen van een goede procesorde (vgl. HR 22 november 1991, nr. 14613, NJ 1992, 765 en HR 11 januari 2002, nr. C01/099, NJ 2003, 311).

3.4. Bij de beoordeling van het verzoek van de man tot ontslag van instantie diende het hof het belang van de man, dat hierin bestaat dat hij bij voortzetting van de procedure in hoger beroep de proceskosten niet op de vrouw zou kunnen verhalen indien hij in hoger beroep in het gelijk zou worden gesteld, af te wegen tegen het belang van de vrouw bij het verkrijgen van een beslissing in hoger beroep op het materiële geschil zoals dat door de door haar ingestelde vordering aan de rechter is voorgelegd en bij het voorkomen dat het vonnis in eerste aanleg, waarbij haar vordering is afgewezen, in kracht van gewijsde gaat.”

Het belang van de gedaagde partij bij de mogelijkheid om de proceskosten te kunnen verhalen moet dus worden afgewogen tegen het belang van de eisende partij/gefailleerde om een voor hem nadelige beslissing aan te vechten in hoger beroep. In het arrest *L/Staat der Nederlanden* heeft de Hoge Raad dit, onder verwijzing naar bovengenoemde uitspraak, herhaald.³⁶

4.19. Op grond van de schakelbepaling van art. 313 lid 1 Fw is art. 27 Fw van overeenkomstige toepassing op de schuldsaneringsregeling. Dat betekent dat, indien de schuldsaneringsregeling ten tijde van het aanhangig zijn van de procedure op de eisende partij van toepassing wordt verklaard, de gedaagde partij schorsing kan vragen teneinde de bewindvoerder op te roepen. De gedaagde heeft dit recht ook als de schuldenaar tijdens de schuldsanering tegen een uitspraak in cassatie gaat.³⁷

5. Bespreking van het incidentele verzoek

5.1. De curatoren hebben op grond van art. 313 lid 1 Fw in samenhang met art. 27 Fw lid 1 Fw verzocht om het geding te schorsen en de curatoren in de gelegenheid te stellen om de bewindvoerder op te roepen, aangezien [eiseres 1] met ingang van 14 juni 2016 is toegelaten tot de schuldsaneringsregeling. Zoals vermeld onder 1.8 is de toepassing van de schuldsaneringsregeling ten aanzien van [eiseres 1] op voordracht van de rechter-commissaris tussentijds beëindigd. [eiseres 1] heeft tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld. Uit het Centraal Insolventieregister blijkt dat in het hoger beroep inmiddels uitspraak is gedaan, waarbij het vonnis van de rechtbank is bekrachtigd.³⁸ Op grond van art. 350 lid 5 Fw verkeert de schuldenaar ten aanzien van wie de toepassing van de schuldsaneringsregeling is beëindigd op grond van art. 350 lid 3, onder c tot en met g, en er baten beschikbaar zijn om daaruit vorderingen geheel of gedeeltelijk te voldoen, van rechtswege in staat van faillissement zodra de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan. De *Staatscourant* vermeldt dat de toepassing van de schuldsaneringsregeling op [eiseres 1] op 8 september 2018 is omgezet naar faillissement, met de benoeming van mr. S.J.O. de Vries tot rechter-commissaris, en mr. P.W. Schreurs³⁹ en mr. H.J. School tot curatoren.⁴⁰

5.2. De omzetting van de toepasselijkheid van de schuldsaneringsregeling naar faillissement heeft geen gevolgen voor de bevoegdheid van de gedaagde partij om schorsing te vragen. Dit is immers in beide situaties mogelijk (zie onder 4.19). Het enige verschil is dat als de schorsing wordt toegewezen, niet de bewindvoerder maar de curator van [eiseres 1] zal moeten worden opgeroepen. De omzetting van de toepasselijkheid van de schuldsaneringsregeling naar het faillissement heeft plaatsgevonden nadat de datum voor conclusie in het schorsingsincident was bepaald. Partijen hebben zich hierover dan ook niet meer kunnen uitlaten.

5.3. Voor wat betreft de stelling van [eiseres 1] dat zij haar vorderingen heeft gecedeerd aan Prato en dat zij (thans) niet namens zichzelf maar op basis van lastgeving voor Prato procedeert, geldt het volgende. Zo al aangenomen zou kunnen worden dat sprake is van een rechtsgeldige cessie van de verpande vorderingen aan Prato (op basis van de in het geding gebrachte akte van 11 september 2014),⁴¹ is volstrekt onduidelijk gebleven waaruit de gestelde lastgeving door Prato zou moeten blijken. De stelling dat sprake is van lastgeving, is door de curatoren betwist en op geen enkele wijze onderbouwd door [eiseres 1]. Zij heeft geen stukken overgelegd waaruit blijkt dat sprake is van lastgeving door Prato.

5.4. Verder is van belang dat de gestelde lastgeving op grond van art. 7:422 lid 1, onder b, BW door de toepassing van de schuldsaneringsregeling c.q. het faillissement van [eiseres 1] is komen te vervallen, tenzij daarover in de lastgevingsovereenkomst afwijkende afspraken zijn gemaakt (zie onder 4.7). Nu geen lastgevingsovereenkomst is overgelegd, kan het bestaan van een dergelijke afspraak niet worden vastgesteld. [eiseres 1] heeft daarover ook niets naar voren gebracht. Dit betekent dat ook al zou (op enig moment) sprake zijn geweest van lastgeving, onvoldoende is onderbouwd dat dat ook thans – na toepassing van de schuldsaneringsregeling c.q. na het faillissement van [eiseres 1] – nog het geval is.

5.5. Als er veronderstellenderwijs vanuit zou worden gegaan dat wél sprake is van een (thans nog bestaande) lastgevingsovereenkomst, zijn er twee mogelijkheden. De eerste mogelijkheid is dat [eiseres 1] in naam van Prato handelt. De tweede mogelijkheid is dat zij in eigen naam handelt. Nadere stellingen daarover ontbreken echter.

5.6. Voor het geval zou worden aangenomen dat [eiseres 1] handelt in naam van Prato, moet worden vastgesteld dat [eiseres 1] de inleidende dagvaarding *pro se* heeft uitgebracht en dat zij die hoedanigheid hangende de procedure niet kan wijzigen (zie 4.10). In dat geval blijft zij dus zelf partij in de onderhavige procedure en bestaat er dus de mogelijkheid dat zij in de kosten van de procedure in cassatie wordt veroordeeld.

5.7. Voor het geval zou worden aangenomen dat [eiseres 1] handelt in eigen naam, is [eiseres 1] eveneens zelf partij in de procedure, ook al is Prato de materiële procespartij (zie onder 4.9). Indien [eiseres 1] in cassatie in het ongelijk zou worden gesteld, wordt zij derhalve veroordeeld in de proceskosten. Nu echter sprake is van een faillissement (ervan uitgaande dat de lastgevingsovereenkomst ook na het faillissement nog bestaat), is art. 7:421 BW van toepassing (zie onder 4.4) en kunnen de curatoren ook Prato aanspreken voor een eventuele proceskostenveroordeling.

5.8. De vraag is of de curatoren in deze situatie belang hebben bij schorsing van het geding op grond van art. 27 lid 1 Fw. Naar mijn mening dient die vraag bevestigend te worden beantwoord. Het staat niet vast dat sprake is van een – nog geldende – lastgeving. Daarmee kan ook niet als vaststaand worden aangenomen dat de curatoren Prato kunnen aanspreken voor de proceskosten.

5.9. Een aanbod van Prato om zekerheid te stellen voor de proceskosten kan daaraan niet afdoen. Het wettelijke systeem biedt geen afwegingsruimte als het gaat om de vraag of er wel of niet geschorst moet worden; art. 27 Fw biedt een wettelijk recht aan de wederpartij om een verzoek te doen tot schorsing van de procedure teneinde de curator in het geding te roepen. Een afweging van belangen in verband met een mogelijke zekerheidsstelling voor de proceskosten komt later aan de orde, namelijk op het moment dat de curator van [eiseres 1] zou beslissen om de procedure niet over te nemen en de curatoren om ontslag van instantie verzoeken (zie onder 4.18).

5.10. Van misbruik van procesrecht door de curatoren, omdat zij niet eerder om schorsing hebben verzocht, is geen sprake. De wederpartij van een gefailleerde partij is bevoegd om ontslag van instantie te vragen, maar is daartoe niet verplicht (zie onder 4.16).

5.11. De vraag of voeging door Prato mogelijk is, kan eveneens onbeantwoord blijven. Er ligt immers geen eigen verzoek van Prato tot voeging voor. [eiseres 1] kan niet namens Prato om voeging verzoeken. Van een voegingsincident – waarin [eiseres 1] in de proceskosten zou moeten worden veroordeeld – is op dit moment dan ook geen sprake.

5.12. Volledigheidshalve zij nog opgemerkt dat, anders dan de curatoren stellen, ook geen sprake is van een incident tot tussenkomst. [eiseres 1] heeft in de brief van 21 juni 2018 slechts aangekondigd dat Prato “zal vorderen te mogen tussenkomen”. Een dergelijke vordering is er op dit moment niet.

5.13. De conclusie is dat de procedure ten aanzien van [eiseres 1] dient te worden geschorst teneinde de curatoren in de gelegenheid te stellen binnen een door de Hoge Raad te stellen termijn de curator van [eiseres 1] op te roepen tot overneming van het geding.

5.14. Uit een oogpunt van proceseconomie ligt het in de rede dat de procedure ten aanzien van De Vijf Muskietiers wordt aangehouden totdat duidelijk is of de curator het geding zal overnemen.

6. Conclusie in het incident

De conclusie strekt tot schorsing van het geding ten aanzien van [eiseres 1] teneinde de curatoren in de gelegenheid te stellen de curator van [eiseres 1] op te roepen tot overneming van het geding binnen een door de Hoge Raad te stellen termijn.

Hoge Raad

(...; red.)

3. Beoordeling van het verzoek tot schorsing

3.1. Voor zover in dit schorsingsincident van belang kan van het volgende worden uitgegaan.

i) [eiseres 1] is gehuwd met [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]). [betrokkene 1] is op 16 april 2013 in staat van faillissement verklaard, met benoeming van de curatoren in die hoedanigheid.

ii) De Vijf Muskietiers behartigt de financiële belangen van de vijf kinderen van [betrokkene 1] en [eiseres 1].

iii) [eisers] hebben zich jegens de curatoren op het standpunt gesteld dat zij in 2009 vorderingen van ruim € 1,7 miljoen respectievelijk bijna € 1 miljoen op [betrokkene 1] hebben verkregen en dat deze door pandrecht zijn gedekt.

iv) De curatoren hebben [eisers] voor de uitoefening van hun pandrechten op 7 mei 2013 een termijn gesteld als bedoeld in art. 58 Fw van zeven dagen.

3.2.1. In dit geding hebben [eisers] onder meer een verklaring voor recht gevorderd dat de curatoren geen beroep toekomt op het verstrijken van de hiervoor in 3.1 onder (iv) genoemde termijn. Deze is volgens hen onredelijk kort geweest. De rechtbank heeft die verklaring voor recht toegewezen en de curatoren onder meer geboden zich te onthouden van de verdere uitwinning van met openbare pandrechten van [eisers] belast actief.

3.2.2. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en de vorderingen van [eisers] afgewezen.

3.3.1. Bij vonnis van de rechtbank Oost-Brabant van 14 juni 2016 is [eiseres 1] toegelaten tot de wettelijke schuldsaneringsregeling. De toepassing daarvan is tussentijds beëindigd, waarna [eiseres 1] met ingang van 8 september 2018 failliet verklaard is (zie voor dit laatste de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 1.8). In zijn schriftelijke reactie op die conclusie heeft de advocaat van [eiseres 1] bevestigd dat [eiseres 1] inmiddels in staat van faillissement verkeert.

3.3.2. De curatoren hebben, onder verwijzing naar de toen nog voor [eiseres 1] geldende schuldsaneringsregeling, op 8 juni 2018 op grond van art. 313 lid 1 Fw in verbinding met art. 27 lid 1 Fw verzocht om het geding in cassatie te schorsen teneinde in de gelegenheid te worden gesteld om de bewindvoerder van [eiseres 1] tot overneming van het geding op te roepen. Zij hebben daarbij aangekondigd dat zij ontslag van instantie zullen vragen indien de bewindvoerder van [eiseres 1] het geding in cassatie niet overneemt. Voor het geval geen ontslag van instantie volgt, hebben de curatoren verklaard zich het recht voor te behouden om op de voet van art. 224 Rv zekerheidsstelling te vorderen van [eiseres 1] voor de proceskosten in cassatie.

3.3.3. [eiseres 1] heeft in het incident primair als verweer gevoerd dat zij de verpande vorderingen bij akte van cessie van 11 september 2014, dus voordat de schuldsaneringsregeling op haar van toepassing was verklaard, heeft overgedragen aan de stichting Prato (hierna: Prato). [eiseres 1] stelt dat zij niet namens zichzelf procedeert, maar namens de cessionaris, Prato. Daardoor hebben de (proces)handelingen van [eiseres 1] in de onderhavige procedure geen invloed op de boedel, met dien verstande dat de proceskosten niet op [eiseres 1] kunnen worden verhaald. Aangezien Prato bereid is om zekerheid te stellen voor de proceskosten, hebben de curatoren geen belang bij de gevorderde schorsing en het aangekondigde verzoek jegens [eiseres 1] te worden ontslagen van de instantie in het geval de bewindvoerder het geding niet overneemt. [eiseres 1] verzoekt de Hoge Raad dan ook een bedrag te bepalen waarvoor zekerheid moet worden gesteld en een termijn waarbinnen dit dient te gebeuren. Binnen die termijn zal Prato als cessionaris vorderen in het geding te mogen tussenkomen.

3.3.4. De curatoren betwisten het bestaan en de geldigheid van de gestelde cessie, waarvan [eisers] noch in eerste aanleg, noch in hoger beroep melding hebben gemaakt. Voor het geval sprake zou zijn van een rechtsgeldige cessie, vragen zij zich af op welke grondslag [eiseres 1] deze procedure heeft gevoerd. Daarnaast stellen de curatoren dat zij de bewindvoerder in het geding wensen te roepen niet alleen om zekerheid voor de proceskosten te verkrijgen. Ten slotte hebben zij erop gewezen dat tussenkomst in cassatie niet mogelijk is.

3.3.5. [eiseres 1] heeft daarop meegedeeld op basis van lastgeving te procederen ten behoeve van Prato. Waar zij tussenkomst aankondigde, bedoelde zij voeging. [eiseres 1] blijft bij haar standpunt dat de curatoren na zekerheidsstelling door Prato geen belang meer hebben bij schorsing dan wel ontslag van instantie. Volgens [eiseres 1] misbruiken de curatoren bovendien de bevoegdheid van art. 27 Fw, nu zij al tijdens de appelprocedure wisten dat [eiseres 1] tot de schuldsaneringsregeling was toegelaten, maar daarin toen blijkbaar geen aanleiding zagen voor een schorsingsverzoek.

3.3.6. De curatoren blijven bij hun betwisting van de rechtsgeldigheid van zowel de gestelde lastgeving als de gestelde cessie. Zij weerspreken dat zij hun bevoegdheid misbruiken schorsing van de procedure te verzoeken en betogen in dat verband dat zij daar in hoger beroep geen belang bij hadden, maar in cassatie wel.

3.3.7. [eiseres 1] heeft meegedeeld dat indien het geding ten aanzien van haar wordt geschorst, Prato, als cessionaris, vordert zich op grond van art. 218 Rv te mogen voegen aan de zijde van [eisers]

3.4.1. Zoals hiervoor in 3.3.1 is vermeld, is na beëindiging van het schriftelijke partijdebat in cassatie de toepasselijkheid van de schuldsaneringsregeling omgezet in het faillissement van [eiseres 1]. Bij gebreke van

een andersluidend bericht van de curatoren naar aanleiding van de conclusie van de Advocaat-Generaal waarin dit feit wordt vermeld, gaat de Hoge Raad ervan uit dat de curatoren in deze omzetting geen aanleiding zien om hun verzoek tot schorsing van de procedure in te trekken.

3.4.2. Anders dan [eiseres 1] betoogt, is van misbruik van de bevoegdheid tot het verzoeken van schorsing als bedoeld in art. 27 Fw geen sprake. Het enkele feit dat de curatoren al tijdens de appelprocedure wisten dat [eiseres 1] tot de schuldsaneringsregeling was toegelaten, maar toen geen schorsing hebben gevraagd, is daartoe onvoldoende.

3.4.3. Indien sprake zou zijn van de door [eiseres 1] gestelde cessie van de vorderingen, is daarmee nog niet gegeven dat [eiseres 1] deze procedure voert als lasthebber van Prato. De curatoren hebben, naast het bestaan van de gestelde cessie, ook het bestaan van een lastgeving betwist. Nu [eiseres 1] daarvan geen bewijsstukken heeft overgelegd, kan het bestaan van de gestelde lastgeving niet worden aangenomen (vgl. o.m. HR 16 november 2018, [ECLI:NL:HR:2018:2112](#), rov. 5.2.3). Uitgangspunt moet daarom zijn dat [eiseres 1] voor eigen rekening is blijven procederen. Nu het in dit geding gaat om een vordering als bedoeld in de art. 25 lid 1 en 27 lid 1 Fw, is daarmee aan de voorwaarden voor schorsing als bedoeld in art. 27 Fw voldaan. De mededeling van [eiseres 1] dat Prato bereid is om zekerheid te stellen voor de proceskosten doet daaraan niet af. Afgezien van het feit dat, zoals hiervoor is overwogen, niet is komen vast te staan dat [eiseres 1] lasthebber is van Prato en een dergelijk aanbod namens Prato kan doen, biedt art. 27 Fw de wederpartij van een failliet zonder meer het recht schorsing van de procedure te vorderen om de curator in het geding te roepen. Een afweging van belangen in verband met een eventuele zekerheidsstelling voor de proceskosten komt pas aan de orde indien de curator van [eiseres 1] zou beslissen de procedure niet over te nemen en de curatoren om ontslag van instantie verzoeken. Het schorsingsverzoek zal dan ook worden toegewezen.

3.5. Het hiervoor in 3.3.7 genoemde verzoek tot voeging is niet ingesteld op de wijze zoals voorzien in de art. 218 en 219 Rv en wordt daarom buiten behandeling gelaten.

4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

In het geding tussen [eiseres 1] en de curatoren:

schorst het geding teneinde de curatoren gelegenheid te geven binnen twee weken na heden de curator van [eiseres 1] tot overneming van het geding op te roepen;

bepaalt dat de curatoren de curator van [eiseres 1] daartoe een termijn zullen stellen van vier weken na de oproeping;

verwijst het geding naar de rol van 18 januari 2019 voor uitlating aan de zijde van de curatoren over het resultaat van de oproeping;

In het geding tussen De Vijf Muskietiers en de curatoren:

houdt het geding aan tot 18 januari 2019.

Noot

1. Voor de tweede keer in één jaar vloeit uit het faillissement van vastgoedondernemer Roger Lips een uitspraak van de Hoge Raad voort over de toepassing van art. 27 Fw (zie ook HR 6 juli 2018, «[JOR» 2018/262](#), m.nt. Van Genugten). In de hier afgedrukte uitspraak procederen zijn echtgenote en een stichting die is opgericht ten behoeve van hun gezamenlijke kinderen (“de Stichting”) tegen de curatoren in zijn faillissement.

2. De echtgenote en de Stichting stellen zich jegens de curatoren van Lips op het standpunt dat zij als gevolg van een reorganisatie binnen zijn concern vorderingen hebben verkregen op hem. Deze vorderingen zouden zijn gedekt door pandrechten op (o.a.) vorderingen die Lips op derden had. Na de faillietverklaring van Lips

in 2013 is een geschil ontstaan over de beweerdelijke vorderingen en pandrechten. De curatoren hebben aan de echtgenote en de Stichting een vrij korte termijn van zeven dagen gesteld ex art. 58 Fw om tot uitwinning van de beweerdelijke pandrechten over te gaan.

3. De echtgenote en de Stichting zijn bij de rechtbank deels met succes opgekomen tegen de in hun ogen onredelijk korte termijn die ex art. 58 Fw was gesteld. De curatoren werd door de rechtbank (deels) verboden voort te gaan met uitwinning van openbaar verpande vorderingen. In hoger beroep werd deze uitspraak echter vernietigd en werden de vorderingen van de echtgenote en de Stichting alsnog afgewezen. De echtgenote en de Stichting hebben vervolgens cassatieberoep ingesteld. De hier gepubliceerde uitspraak behelst (nog) geen inhoudelijk oordeel van de Hoge Raad over het geschil maar enkel een beslissing op het verzoek van de curatoren om de cassatieprocedure te schorsen teneinde de bewindvoerder c.q. curator van de echtgenote ex art. 27 Fw op te mogen roepen. De echtgenote was namelijk gedurende het hoger beroep toegelaten tot de wettelijke schuldsaneringsregeling en is gedurende het cassatieberoep failliet verklaard.

4. Art 27 lid 1 Fw (dat via art. 313 lid 1 Fw ook op de schuldsaneringsregeling toepasselijk is) bepaalt dat een procespartij tegen wie een rechtsvordering is ingesteld door een partij die gedurende het geding failliet wordt verklaard, om schorsing van het geding kan vragen. Dit met als doel om de curator op te roepen tot overneming van het geding. Indien deze het geding niet overneemt, kan de gefailleerde in principe zelf verder procederen, buiten bezwaar van de boedel. Echter, de gedaagde partij kan in dat geval ook ontslag van de instantie vragen om te voorkomen dat het op eigen houtje verder procederen door de gefailleerde leidt tot een onverhaalbare proceskostenveroordeling (art. 27 lid 2 Fw). Om aan ontslag van instantie te ontkomen, kan de gefailleerde zekerheid stellen voor de proceskosten of kan hij proberen aan te tonen dat zijn belang om een uitspraak te verkrijgen groter is dan het belang van zijn tegenpartij om behoed te worden voor onverhaalbare proceskosten. Ook in geval van samenhang tussen conventionele en reconventionele vorderingen kan ontslag van instantie ten aanzien van enkel de (re)conventionele vordering vanuit het oogpunt van goede procesorde worden geweigerd. Indien ontslag van instantie in hoger beroep of cassatie wel wordt verleend, heeft dit als gevolg dat de laatst gewezen uitspraak in kracht van gewijsde gaat.

5. Terug naar de casus. De curatoren verzochten schorsing van de cassatieprocedure om de curator van de echtgenote op te roepen. Zij voegden daaraan toe dat indien de curator niet zou verschijnen, zij ontslag van instantie zouden vragen. De echtgenote voerde diverse argumenten aan als verweer waarom niet tot schorsing of ontslag van instantie zou moeten worden overgegaan.

6. Het primaire argument van de echtgenote was het meest creatief en het minst geloofwaardig. Zij voerde onder overlegging van een cessieakte aan dat de verpande vorderingen waarop de procedure betrekking had, voorafgaand aan de toepasselijkheid van de schuldsaneringsregeling, waren gecedeerd aan een stichting genaamd Stichting Prato (“Prato”), zijnde een andere stichting dan de onder nr. 1 vermelde Stichting. De echtgenote voerde de procedure naar eigen zeggen dus al die tijd niet voor zichzelf, maar als lasthebber van Prato. Prato zou volgens de echtgenote zekerheid willen stellen voor de proceskosten en voor zover de procedure tegen de vrouw wordt geschorst, vordert de echtgenote dat Prato zich kan voegen in de cassatieprocedure. Gelet hierop zouden de curatoren geen belang hebben bij een verzoek tot schorsing of ontslag van instantie, aldus de echtgenote. De Hoge Raad verwijst ter zake naar zijn uitspraak van veertien dagen eerder (HR 16 november 2018, [ECLI:NL:HR:2018:2112](#)). Hieruit vloeit voort dat een lasthebber in een procedure mag verzwijgen dat hij in eigen naam namens een lastgever optreedt. Echter, indien de wederpartij op enig moment in de procedure diens bevoegdheid betwist, zal de lasthebber moeten stellen en zo nodig bewijzen dat hij uit hoofde van lastgeving bevoegd is in eigen naam ten behoeve van de rechthebbende op te treden. In dit geval hadden de curatoren het bestaan van een overeenkomst tot lastgeving betwist en waren ter zake door de echtgenote geen bewijsstukken overgelegd. De Hoge Raad oordeelt dan ook dat ervan uit moet worden gegaan dat helemaal geen sprake is van lastgeving en de echtgenote voor eigen rekening procedeert. Dat de echtgenote stelde dat door Prato zekerheid wordt gesteld voor de proceskosten doet – mede gelet op het feit dat niet gebleken is dat zij Prato ter zake mag vertegenwoordigen – volgens de Hoge Raad ook niet af aan het feit dat de wederpartij van een failliet zonder meer het recht heeft om ex art. 27 Fw schorsing van de procedure te vorderen om de curator in het geding te roepen.

7. Een subsidiair verweer van de vrouw wordt door de Hoge Raad zo opgevat dat de curatoren misbruik zouden maken van de bevoegdheid om schorsing van de cassatieprocedure te verzoeken, aangezien de

vrouw reeds in hoger beroep toegelaten was tot de schuldsaneringsregeling en op dat moment door de curatoren helemaal niet om schorsing ex art. 27 Fw verzocht is. De Hoge Raad veegt ook dit van tafel. Het enkele feit dat de curatoren tijdens de hogerberoepsprocedure al wisten dat de vrouw was toegelaten tot de schuldsaneringsregeling, maar toen geen schorsing hebben gevraagd, is volgens de Hoge Raad – naar mijn mening terecht – onvoldoende om misbruik van bevoegdheid aan te nemen.

8. Tot slot oordeelt de Hoge Raad nog dat het

– voorwaardelijke – verzoek van de echtgenote tot voeging van Prato in de procedure buiten behandeling wordt gelaten, omdat het verzoek niet is ingesteld op de wijze zoals voorzien in art. 218 en 219 Rv. Deze artikelen bepalen dat de partij die zich wil voegen (Prato dus) zelf een conclusie strekkende tot voeging moet indienen. Waarom dat niet is gebeurd, is onduidelijk.

9. De vervolgens weinig opzienbarende conclusie van de Hoge Raad is dat de procedure ten aanzien van de echtgenote wordt geschorst zodat de curatoren van Lips de curator van de echtgenote kunnen oproepen tot overneming van het geding. Het geding tegen de Stichting wordt aangehouden in afwachting hiervan.

10. De A-G wijst er in haar conclusie bij de uitspraak nog op dat één van de curatoren van Lips tevens één van de curatoren is van de echtgenote en het erop lijkt dat hij een tegenstrijdig belang gaat krijgen (Concl. A-G De Bock, [ECLI:NL:PHR:2018:1153](#), voetnoot 39). Een situatie waar dit tegenstrijdig belang mogelijk tot een bezwaar van de vrouw zou kunnen leiden, is de volgende situatie (die zich overigens ook voordeed in de andere onder punt 1 genoemde uitspraak). Indien de curatoren van de vrouw aan de Hoge Raad zouden bevestigen het geding na de oproeping ex art. 27 Fw over te nemen, wordt de vrouw van rechtswege buiten het geding gesteld en eindigt de procedure voor haar. Vervolgens kunnen de curatoren na de overname ervoor kiezen om de door de vrouw ingestelde procedure – die zij min of meer tegen zichzelf voeren – in te trekken. Hiermee wordt de mogelijkheid aan de vrouw ontnomen om een uitspraak te verkrijgen op een door haar ingestelde vordering. Hoewel een beperking van de procesmogelijkheden inherent is aan faillietverklaring, kan getwijfeld worden aan de toepassing van art. 27 Fw in deze situatie. Indien op voorhand duidelijk zou zijn dat beëindiging van de procedure het (enige) doel van een curator is bij het overnemen van de procedure, levert dit spanning op met de via art. 27 Fw geboden mogelijkheid van de gefailleerde om de procedure juist zelf – buiten bezwaar van de boedel – voort te zetten, in het geval de curator daar geen heil in ziet.

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

Voetnoten

¹Het arrest van het hof is helaas niet gepubliceerd.

²Het vonnis van de rechtbank is helaas niet gepubliceerd.

³Dit heb ik ambtshalve geraadpleegd naar aanleiding van een andere, bij de Hoge Raad aanhangige procedure waarin [eiseres 1] partij is en waarin een incident tot zekerheidsstelling is opgeworpen. Zie zaaknummer 18/02704 ([eiseres 1]/mr. P.R. Dekker in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van LCG Canada Financial Products 1 BV).

⁴Zie het uittreksel uit het Centraal Insolventieregister d.d. 13 september 2018.

⁵Dit zal een verschrijving zijn: de termijn is op 15 oktober 2013 gesteld (prod. 54 bij inleidende dagvaarding).

⁶De akte van cessie van 11 september 2014 is als bijlage gevoegd bij het antwoord in het incident d.d. 21 juni 2018.

⁷[eiseres 1] verwijst hierbij naar HR 22 november 1991, [ECLI:NL:HR:1991:AD1539](#), *NJ* 1992/765.

- 8 De curatoren verwijzen naar Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/243; HR 14 maart 2008, [ECLI:NL:HR:2008:BC6692](#), NJ2008/168; HR 16 juni 2000, [ECLI:NL:HR:2000:AA6235](#), NJ 2000/516.
- 9 Verwezen wordt naar Van der Felz I, p. 367 en 378-379.
- 10 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/224.
- 11 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/228.
- 12 Asser/Kortmann 3-III 2017/102; Asser/Tjon Tjin Tai 7-IV 2014/244.
- 13 Asser/Tjon Tjin Tai 7-IV 2014/255; S.Y.Th. Meijer, Lastgeving. In: *Bijzondere overeenkomsten* (red. H.N. Schelhaas, A.J. Verheij, B. Wessels), 2016, p. 260-265; Wessels Insolventierecht II 2016/2588; C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss.) 1999, p. 61-70.
- 14 Asser/Tjon Tjin Tai 7-IV 2014/228.
- 15 S.Y.Th. Meijer, Lastgeving. In: *Bijzondere overeenkomsten* (red. H.N. Schelhaas, A.J. Verheij, B. Wessels), 2016, p. 251.
- 16 Asser/Tjon Tjin Tai 7-IV 2014/228.
- 17 Asser/Tjon Tjin Tai 7-IV 2014/228.
- 18 Asser/Tjon Tjin Tai 7-IV 2014/297; S.Y.Th. Meijer, Lastgeving. In: *Bijzondere overeenkomsten* (red. H.N. Schelhaas, A.J. Verheij, B. Wessels), 2016, p. 265-267; Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7, titels 1, 7, 9 en 14, 1991, p. 371-372.
- 19 Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/32.
- 20 Asser/Tjon Tjin Tai 7-IV 2014/246-278; S.Y.Th. Meijer, Lastgeving. In: *Bijzondere overeenkomsten* (red. H.N. Schelhaas, A.J. Verheij, B. Wessels), 2016, p. 260-268; Wessels Insolventierecht II 2016/2588.
- 21 HR 22 oktober 2004, [ECLI:NL:HR:2004:AP1435](#), NJ 2006/202 m.nt. H.J. Snijders ([...]/ABN Amro), rov. 3.4; HR 12 maart 2004, [ECLI:NL:HR:2004:AN8483](#), m.nt. P.B. Hugenholtz (*XS4all/Ab.Fab*); HR 21 november 2003, [ECLI:NL:HR:2003:AJ0498](#), NJ 2004/130 (*Hermans/Fortis Bank*); HR 2 april 1993, [ECLI:NL:HR:1993:ZC0919](#), NJ 1993/573 m.nt. D.W.F. Verkade.
- 22 HR 22 oktober 2004, [ECLI:NL:HR:2004:AP1435](#), NJ 2006/202 m.nt. H.J. Snijders ([...]/ABN Amro).
- 23 HR 14 maart 2008, [ECLI:NL:HR:2008:BC6692](#), NJ 2008/168 ([.../...]); HR 16 juni 2000, [ECLI:NL:HR:2000:AA6235](#), NJ 2000/516 (*Hoekstra/Hoekstra*); Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/243.
- 24 HR 14 maart 2008, [ECLI:NL:HR:2008:BC6692](#), NJ 2008/168 ([.../...]), rov. 3.3.
- 25 Wessels Insolventierecht II 2016/2405.
- 26 A-G Huydecoper voor HR 26 juni 2009, [ECLI:NL:HR:2009:BI0069](#), RvdW 2009/807; HR 18 november 1983, [ECLI:NL:HR:1983:AG4693](#), NJ1984/256 m.nt. W.H. Heemskerk en W.C.L. van der Grinten (*Noord-Brabant c.s./Omega c.s.*).

27Wessels Insolventierecht II 2016/2413.

28HR 27 mei 2011, [ECLI:NL:HR:2011:BP8693](#), NJ 2012/625 met annotatie van H.J. Snijders ([...]/Veco).

29Wessels Insolventierecht II 2016/2414.

30Wessels Insolventierecht II 2016/2403.

31Wessels Insolventierecht II 2016/2399.

32Wessels Insolventierecht II 2016/2401 en de daar genoemde rechtspraak.

33HR 7 september 2007, [ECLI:NL:HR:2007:BA5197](#); HR 23 september 2005, [ECLI:NL:HR:2005:AT5543](#), NJ 2005/488; HR 11 januari 2002, [ECLI:NL:HR:2002:AD4929](#), NJ 2003/311 m.nt. H.J. Snijders ([.../...]); HR 22 november 1991, [ECLI:NL:HR:1991:AD1539](#), NJ 1992/765.

34A-G Biegman vóór HR 22 november 1991, [ECLI:NL:HR:1991:AD1539](#), NJ 1992/765 (*Stad Rajneesh/Breure*).

35HR 23 september 2005, [ECLI:NL:HR:2005:AT5543](#), NJ 2005/488.

36HR 7 september 2007, [ECLI:NL:HR:2007:BA5197](#), NJ 2007/577 (*L/Staat der Nederlanden*).

37A-G Huydecoper voor HR 26 juni 2009, [ECLI:NL:HR:2009:BI0069](#), RvdW 2009/807.

38Zie uittreksel uit het Centraal Insolventieregister d.d. 13 september 2018 (te vinden op www.rechtspraak.nl).

39Dit is kennelijk dezelfde P.W. Schreurs die in de onderhavige procedure optreedt als verweerder sub 1 in cassatie, in hoedanigheid van curator van [betrokkene 1]. Het komt mij voor dat Schreurs daarmee een tegenstrijdig belang gaat krijgen.

40Stcr.14 september 2018, nr. 52647.

41Bijlage bij het schrijven van de advocaat van [eiseres 1] van 21 juni 2018.