

JOR 2020/19, Hoge Raad 04-10-2019, ECLI:NL:HR:2019:1527, nr. 18/01575 (met annotatie van Genugten, M.C. van)

Wetsbepaling(en):

[FW artikel 27](#)

Ook gepubliceerd in:

[ECLI:NL:HR:2019:1527](#), [NJ 2019/449](#), [NJB 2019/2118](#), [RI 2019/87](#), [RvdW 2019/1171](#)

[Open dit document in PDF formaat](#)

**JOR 2020/19, Hoge Raad, 04-10-2019, ECLI:NL:HR:2019:1527,
ECLI:NL:PHR:2019:649, nr. 18/01575 (annotatie)**

Inhoudsindicatie

Schorsing van het geding in cassatie ex art. 27 Fw, Verzoek tot schorsing is geen misbruik van bevoegdheid, Belangenafweging, Indien failliet zekerheid stelt, bestaat geen belang meer bij ontslag van instantie, Vervolg op HR 30 november 2018, «JOR» 2019/47, m.nt. Van Genugten

Ga direct naar

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

Gegevens

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	04-10-2019, 14-06-2019
Publicatie	JOR 2020/19 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 1, 2020
Annotator	Genugten, M.C. van
ECLI	ECLI:NL:HR:2019:1527 , ECLI:NL:PHR:2019:649
Zaaknummer	nr. 18/01575 18/01575

Rechtsgebied	Burgerlijk procesrecht, Ondernemingsrecht
Overige publicaties	ECLI:NL:HR:2019:1527 ECLI:NL:PHR:2019:649 NJB 2019/2118 INS-Updates.nl 2019-0136 NJ 2019/449 RvdW 2019/1171 RI 2019/87
Rechter(s)	mr. Numann mr. Snijders mr. Tanja-van den Broek mr. Kroeze mr. Wattendorff
Partijen	1. X, 2. Stichting De Vijf Muskietiers 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 art. 27 lid 2

Samenvatting

Art. 27 lid 2 Fw dwingt niet tot toewijzing van een vordering tot ontslag van instantie. De rechter mag deze vordering onder omstandigheden afwijzen. In dat geval wordt het geding buiten bezwaar van de boedel voortgezet. Voor afwijzing van de vordering tot ontslag van instantie bestaat in ieder geval grond indien toewijzing van die vordering in strijd komt met de eisen van een goede procesorde. Daarnaast dient bij de beoordeling van de vordering tot ontslag van instantie als bedoeld in art. 27 lid 2 Fw het belang van de partij die in eerste aanleg gedaagde is of, als de zaak in hogere instantie aanhangig is, in eerste aanleg gedaagde was (hierna verder: gedaagde), te worden afgewogen tegen dat van de gefailleerde die wenst voort te procederen. Het belang van de gedaagde zal in de regel hierin bestaan dat bij voortzetting van de procedure geen verhaal mogelijk is van een proceskostenveroordeling ten laste van de gefailleerde. Het belang van de gefailleerde bestaat in het verkrijgen van een beslissing over het materiële geschil zoals dat door hem met de ingestelde vordering aan de rechter is vorgelegd, en, in hogere instantie, in het voorkomen dat een uitspraak uit eerdere instantie waarbij zijn vordering is afgewezen, in kracht van gewijsde gaat. Het enkele feit dat bij een verwerping van het cassatieberoep ook eiseres sub 2 in de proceskosten zal worden veroordeeld, brengt niet mee dat de curatoren geen belang hebben bij hun vordering. Dat belang is immers in elk geval daarin gelegen dat voor hen geen verhaal mogelijk is van een eventuele proceskostenveroordeling ten laste van eiseres sub 1. Ook voor het overige is de vordering van curatoren in beginsel toewijsbaar. Gesteld noch

gebleken is dat toewijzing van die vordering in strijd komt met de eisen van een goede procesorde. Verder heeft eiseres sub 1 onvoldoende aangevoerd om te kunnen oordelen dat haar belang om te voorkomen dat het door haar in cassatie bestreden arrest van het hof in kracht van gewijsde gaat, zwaarder weegt dan het belang van de curatoren om niet voort te procederen zonder de mogelijkheid van verhaal van een eventuele proceskostenveroordeling. Indien door eiseres sub 1 zekerheid wordt gesteld, ontvalt het hiervoor genoemde belang aan de vordering van de curatoren en is voor ontslag van instantie dus geen plaats. Eiseres sub 1 krijgt gelegenheid om alsnog deze zekerheid te (doen) stellen.

Uitspraak

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. De Bock)

1. Inleiding

1.1. Deze zaak heeft betrekking op een geschil dat is ontstaan tussen [eiseres 1] (hierna: eiseres 1) en de Vijf Muskietiers enerzijds en de curatoren in het faillissement van de echtgenoot van eiseres 1 (hierna: betrokkene 1) anderzijds. Eiseres 1 en De Vijf Muskietiers stellen vorderingen te hebben op de echtgenoot waarvoor pandrechten zijn gevestigd. Dit wordt door de curatoren (hierna: de Curatoren) betwist. Eiseres 1 is inmiddels failliet verklaard. In het arrest van 30 november 2018 ([ECLI:NL:HR:2018:2220](#)¹) heeft de Hoge Raad het geding tussen eiseres 1 en de Curatoren geschorst, teneinde de Curatoren gelegenheid te geven de curator van eiseres 1 tot overneming van het geding op te roepen. In dezelfde beslissing is het geding tussen De Vijf Muskietiers en de Curatoren aangehouden.

2. Feiten en procesverloop

Voor zover van belang voor dit incident, gaat het in deze zaak om het volgende.

2.1. Eiseres 1 is gehuwd met betrokkene 1. Betrokkene 1 is op 16 april 2013 in staat van faillissement verklaard, met benoeming van de Curatoren in die hoedanigheid.

2.2. De Vijf Muskietiers behartigt de financiële belangen van de vijf kinderen van eiseres 1 en betrokkene 1.

2.3. 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 en dat deze door pandrecht zijn gedekt.

2.4. De Curatoren hebben eiseres 1 en De Vijf Muskietiers voor de uitoefening van hun pandrechten op 7 mei 2013 een termijn gesteld als bedoeld in art. 58 Fw van zeven dagen.

2.5. 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 14 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.

2.6. 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.

- 2.7. Bij vonnis van 14 juni 2016 is eiseres 1 toegelaten tot de schuldsaneringsregeling.
- 2.8. Bij arrest van 16 januari 2018 heeft het gerechtshof 's-Hertogenbosch het vonnis van de rechtbank van 9 maart 2016 vernietigd en de vorderingen alsnog afgewezen.
- 2.9. Eiseres 1 en De Vijf Muskietiers hebben tegen het arrest cassatieberoep ingesteld.
- 2.10. 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 het geval de bewindvoerder het geding niet overneemt, hebben de Curatoren aangekondigd ontslag van instantie te zullen vragen.
- 2.11. Met ingang van 8 september 2018 is eiseres 1 failliet verklaard, onder beëindiging van de toepassing van de schuldsaneringsregeling, met benoeming van mr. S.J.O. de Vries tot rechter-commissaris en mr. P.W. Schreurs en mr. H.J. Schoorl tot curatoren
- 2.12. Bij arrest van 30 november 2018 heeft de Hoge Raad het geding geschorst teneinde de Curatoren in de gelegenheid te stellen om de curator van eiseres 1 tot overneming van het geding op te roepen.² Het geding tussen De Vijf Muskietiers en de Curatoren is aangehouden.
- 2.13. Op 13 december 2018 heeft de gemachtigde van de Curatoren het origineel van het oproepingsexploot d.d. 10 december 2018 ex at. 27 lid 1 Fw in het digitale portaal van de Hoge Raad geplaatst.
- 2.14. Bij brief van 17 januari 2019 heeft mr. M.A.J.G. Janssen namens de Curatoren een afschrift overgelegd van een emailbericht van mr. H.J. Schoorl, een van de curatoren van eiseres 1, waarin deze aangeeft dat de curatoren van eiseres 1 de cassatieprocedure niet zullen overnemen.
- 2.15. In diezelfde brief van 17 januari 2019 is namens de Curatoren bericht dat het verzoek tot ontslag van instantie ex art. 27 lid 2 Fw, dat zij bij conclusie ter rolle van 8 juni 2018 subsidiair hebben gedaan ten aanzien van eiseres 1, wordt gehandhaafd, met veroordeling van eiseres 1 in de kosten in het incident.
- 2.16. Eiseres 1 heeft daartegen verweer gevoerd bij brief van mr. C.S.G. Janssens van 31 januari 2019. Eiseres 1 stelt dat haar belang bij een beslissing in het materiële geschil en het voorkomen dat het in hoger beroep gewezen arrest in kracht van gewijsde gaat, zwaarder dient te wegen dan het belang van de Curatoren ten aanzien van het verhaal van de proceskosten. Voor het geval de Hoge Raad van oordeel is dat de belangenafweging in het kader van art. 27 lid 2 Fw niet in het voordeel van eiseres 1 uitvalt, verzoeken eiseres 1 en De Vijf Muskietiers de Hoge Raad om een bedrag en een datum te bepalen waarvoor door De Vijf Muskietiers zekerheid moet worden gesteld, en te beslissen dat het geding door eiseres 1 buiten bezwaar van de boedel kan worden voortgezet.
- 2.17. De curatoren hebben hierop bij brief van mr. M.A.J.G. Janssen van 7 februari 2019 schriftelijk gereageerd.

3. Bespreking van het verzoek om ontslag van instantie

3.1. Art. 27 lid 2 Fw bepaalt dat de gedaagde partij om ontslag van instantie kan vragen als de curator, na behoorlijk te zijn opgeroepen, het geding niet overneemt. Indien het verzoek tot ontslag van instantie wordt toegewezen, komt het geding ten einde. De rechter heeft de bevoegdheid om het verzoek tot ontslag van instantie af te wijzen. Daarbij dient hij de belangen van partijen tegen elkaar af te wegen. Voor afwijzing van een verzoek tot ontslag van instantie zal in ieder geval reden zijn indien toewijzing van het verzoek in strijd zou komen met de eisen van een goede procesorde. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn als er een zodanige band tussen de vorderingen in conventie en in reconventie bestaat dat deze niet moet worden verbroken.³ Zie de volgende overwegingen van de Hoge Raad in een arrest van 23 september 2005:⁴

“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 om een voor hem nadelige beslissing aan te vechten in hoger beroep of cassatie. In het arrest *L/Staat der Nederlanden* heeft de Hoge Raad dit, onder verwijzing naar bovengenoemde uitspraak, herhaald.⁵

3.2. Eiseres 1 heeft haar belang bij afwijzing van het gevraagde ontslag van instantie als volgt onderbouwd.⁶ In de eerste plaats wijst zij op haar belang om te voorkomen dat de in cassatie bestreden uitspraak van het hof in kracht van gewijsde gaat en zij haar pandrechten niet meer kan uitoefenen. In de tweede plaats stelt zij dat zij als lasthebber procedeert voor de Stichting Prato, aan wie de pandrechten die onderwerp zijn van deze procedure zijn overgedragen.

3.3. Met betrekking tot het tweede argument geldt het volgende. In zijn incidentele arrest van 30 november 2018 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het bestaan van de gestelde lastgeving in cassatie niet kan worden aangenomen, nu deze door de curatoren is betwist en eiseres 1 daarvan geen bewijsstukken heeft overgelegd. Uitgangspunt moet daarom zijn dat eiseres 1 voor eigen rekening is blijven procederen (rov. 3.4.3). Dat betekent dat de gestelde lastgeving in de belangenafweging ten aanzien van het verzoek om ontslag van instantie geen rol kan spelen.

3.4. Eiseres 1, procederend voor zichzelf, heeft onmiskenbaar een belang bij het voortzetten van haar cassatieberoep tegen het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch. Ontslag van instantie zou tot gevolg hebben dat de cassatieprocedure wordt beëindigd en het arrest van het hof 's-Hertogenbosch ten aanzien van haar kracht van gewijsde krijgt.

3.5. Daar tegenover staat het belang van de Curatoren, dat erin is gelegen dat zij een in cassatie eventueel uitgesproken kostenveroordeling ten laste van eiseres 1 niet kunnen verhalen, omdat zij in staat van faillissement verkeert. Ook dit is een zwaarwegend belang.

3.6. Eiseres 1 heeft aangevoerd dat bij de weging van het belang van de Curatoren moet worden betrokken dat de Curatoren zich in het geval van een proceskostenveroordeling kunnen verhalen op De Vijf Muskietiers. Dit argument gaat niet op, omdat geenszins is gebleken dat De Vijf Muskietiers daarvoor verhaal biedt. Bovendien hebben de Curatoren er belang bij dat zij een proceskostenveroordeling ook kunnen verhalen op eiseres 1.

3.7. Het voorgaande brengt naar mijn mening mee dat de belangenafweging in het nadeel van eiseres 1 dient uit te vallen, zodat in beginsel ontslag van instantie zou moeten worden verleend.

3.8. Voor het geval in deze zin zou moeten worden geoordeeld – dus in het nadeel van eiseres 1 – heeft mr. C.S.G. Janssens in zijn brief van 31 januari 2019 gesteld dat De Vijf Muskietiers bereid is zekerheid te stellen voor een door de Hoge Raad te bepalen bedrag voor de proceskosten in cassatie.

3.9. Naar mijn mening zou dit verzoek moeten worden gehonoreerd. Van de zijde van de Curatoren is daartegen ook geen bezwaar gemaakt. Als inderdaad zekerheid wordt gesteld, leidt dit ertoe dat er geen belang meer bij bestaat bij het verzoek van de Curatoren om ontslag van instantie te verlenen.⁷

3.10. Dit leidt tot de conclusie dat het verzoek om ontslag van instantie van de procedure ten aanzien van eiseres 1 dient te worden afgewezen, onder de voorwaarde dat De Vijf Muskietiers binnen een door de Hoge Raad te bepalen termijn een door de Hoge Raad te bepalen bedrag aan zekerheid stelt.

3.11. Ten slotte merk ik nog het volgende op. In mijn conclusie van 5 oktober 2018 heb ik gewezen op een mogelijk tegenstrijdig belang van de curatoren van eiseres 1. Een van die curatoren, mr. P.W. Schreurs, is namelijk zowel curator in het faillissement van eiseres 1, als in het faillissement van haar echtgenoot. In die laatste hoedanigheid is mr. Schreurs partij in de onderhavige procedure.

3.12. Mr. C.S.G. Janssens heeft in zijn brief van 31 januari 2019 opgemerkt dat de beslissing van de curatoren van eiseres 1 om de procedure niet over te nemen, niet los kan worden gezien van de omstandigheid dat mr. Schreurs tevens partij is in de onderhavige procedure. Mr. M.A.J.G. Janssen, advocaat van de curatoren, heeft daar tegenover gesteld dat de beslissing om het geding niet over te nemen,

uitsluitend is genomen door mr. Schoorl, de andere curator van eiseres 1, en dat bovendien de rechter-commissaris is geraadpleegd.

3.13. Weliswaar is het emailbericht waarin is meegedeeld dat de curatoren van eiseres 1 de procedure niet overnemen, uitsluitend ondertekend door mr. Schoorl. Uit het emailbericht blijkt echter niet dat de beslissing uitsluitend door mr. Schoorl is genomen; vermeld is immers dat “de curatoren [eiseres 1]” de cassatieprocedure niet zullen overnemen. Het moet er daarom voor worden gehouden dat ook mr. Schreurs betrokken is geweest bij de beslissing om de procedure niet over te nemen. Daarmee is bij de totstandkoming van die beslissing sprake geweest van een tegenstrijdig belang. De omstandigheid dat de rechter-commissaris is geraadpleegd, maakt dat niet anders. Het is echter de vraag waar die constatering toe moet leiden, nu door De Vijf Muskietiers zekerheid is aangeboden en eiseres 1 de procedure dus kan voortzetten buiten bezwaar van de boedel. Naar mijn mening zou de correcte gang van zaken zijn dat mr. Schreurs ontslagen wordt als curator in het faillissement van eiseres 1, dat een nieuwe curator wordt benoemd, en dat deze nieuwe curator met mr. Schoorl (opnieuw) beslist over het al dan niet overnemen van de procedure tegen de Curatoren.

3.14. Nu mr. C.S.G. Janssens echter geen verzoek met een dergelijke strekking heeft gedaan, maar wenst dat in het incident beslist wordt dat het geding ten aanzien van eiseres 1 buiten bezwaar van de boedel wordt voortgezet, met bepaling van een termijn voor zekerheidsstelling, volsta ik met mijn conclusie als hiervoor vermeld onder 3.10.

4. Conclusie in het incident

De conclusie strekt tot afwijzing van het verzoek om ontslag van instantie, onder de voorwaarde dat De Vijf Muskietiers binnen een te bepalen termijn een door de Hoge Raad te bepalen bedrag aan zekerheid ter zake van proceskosten wordt gesteld, waarna buiten bezwaar van de boedel kan worden voortgeprocedeerd in de hoofdzaak.

Hoge Raad

(...; red.)

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. Voor de feiten, de vordering en de uitspraken in deze zaak verwijst de Hoge Raad naar zijn hiervoor in 1 genoemde tussenarrest. Bij dat arrest heeft de Hoge Raad het geding geschorst teneinde de curatoren in de gelegenheid te stellen om de curator in het faillissement van [eiseres 1] op de voet van art. 27 lid 1 Fw op te roepen tot overneming van het geding. Het geding tussen De Vijf Muskietiers en de curatoren heeft de Hoge Raad aangehouden.

2.2. De curatoren hebben gebruik gemaakt van de aan hen geboden gelegenheid. De curator in het faillissement van [eiseres 1] heeft aan de oproeping geen gevolg gegeven.

3. Beoordeling van de vordering tot ontslag van instantie

3.1.1. De curatoren vorderen thans op de voet van art. 27 lid 2 Fw ontslag van instantie.

3.1.2. [eiseres 1] voert verweer tegen de vordering. Zij stelt in de eerste plaats dat curatoren geen belang hebben bij hun vordering omdat bij een verwerping van het cassatieberoep ook De Vijf Muskietiers in de proceskosten zullen worden veroordeeld. Voorts voert zij aan dat haar belang bij een beslissing in het materiële geschil en bij het voorkomen dat het in hoger beroep gewezen arrest in kracht van gewijsde gaat, zwaarder dient te wegen dan het belang van de curatoren ten aanzien van het verhaal van de proceskosten. Voor het geval de Hoge Raad van oordeel is dat de belangenafweging in het kader van art. 27 lid 2 Fw niet in haar voordeel uitvalt, biedt [eiseres 1] zekerheid te stellen voor een proceskostenveroordeling. Zij verzoekt de Hoge Raad om daarvoor een bedrag en een datum te bepalen.

3.2.1. Art. 27 lid 2 Fw dwingt niet tot toewijzing van een vordering tot ontslag van instantie. De rechter mag deze vordering onder omstandigheden afwijzen.⁸ In dat geval wordt het geding buiten bezwaar van de boedel voortgezet.

3.2.2. Voor afwijzing van de vordering tot ontslag van instantie bestaat in ieder geval grond indien toewijzing van die vordering in strijd komt met de eisen van een goede procesorde.⁹ Daarnaast dient bij de beoordeling van de vordering tot ontslag van instantie als bedoeld in art. 27 lid 2 Fw het belang van de partij die in eerste aanleg gedaagde is of, als de zaak in hogere instantie aanhangig is, in eerste aanleg gedaagde was (hierna verder: gedaagde), te worden afgewogen tegen dat van de gefailleerde die wenst voort te procederen.¹⁰ Het belang van de gedaagde zal in de regel hierin bestaan dat bij voortzetting van de procedure geen verhaal mogelijk is van een proceskostenveroordeling ten laste van de gefailleerde. Het belang van de gefailleerde bestaat in het verkrijgen van een beslissing over het materiële geschil zoals dat door hem met de ingestelde vordering aan de rechter is voorgelegd, en, in hogere instantie, in het voorkomen dat een uitspraak uit eerdere instantie waarbij zijn vordering is afgewezen, in kracht van gewijsde gaat.

3.3.1. Het hiervoor in 3.1.2 als eerste genoemde verweer van [eiseres 1] faalt omdat het enkele feit dat bij een verwerping van het cassatieberoep ook De Vijf Muskietiers in de proceskosten zullen worden veroordeeld, niet meebrengt dat de curatoren geen belang hebben bij hun vordering. Dat belang is immers in elk geval daarin gelegen dat voor hen geen verhaal mogelijk is van een eventuele proceskostenveroordeling ten laste van [eiseres 1].

3.3.2. Ook voor het overige is de vordering van curatoren in beginsel toewijsbaar. Gesteld noch gebleken is dat toewijzing van die vordering in strijd komt met de eisen van een goede procesorde. Verder heeft [eiseres 1] onvoldoende aangevoerd om te kunnen oordelen dat haar belang om te voorkomen dat het door haar in cassatie bestreden arrest van het hof in kracht van gewijsde gaat, zwaarder weegt dan het belang van de curatoren om niet voort te procederen zonder de mogelijkheid van verhaal van een eventuele proceskostenveroordeling.

3.4.1. Indien door [eiseres 1] zekerheid wordt gesteld overeenkomstig het hiervoor in 3.1.2 genoemde aanbod, ontvalt het hiervoor in 3.2.2 en 3.3.2 genoemde belang aan de vordering van de curatoren. Een ander belang dan dat belang is door de curatoren niet aan hun vordering ten grondslag gelegd. Indien de aangeboden zekerheid wordt gesteld, is voor ontslag van instantie dus geen plaats.

3.4.2. Hoewel [eiseres 1] de hiervoor in 3.4.1 genoemde zekerheid reeds had kunnen stellen ten tijde van haar aanbod daartoe – door zekerheid te stellen ter hoogte van het bedrag van de proceskostenveroordeling die in de cassatieprocedure volgens de daarvoor geldende tarieven in een geval als dit pleegt te worden uitgesproken, vermeerderd met nakosten –, ziet de Hoge Raad aanleiding om haar de gelegenheid te geven om alsnog deze zekerheid te (doen) stellen, ter hoogte van bedoeld bedrag, te weten € 3.750,--. [eiseres 1] dient deze zekerheid binnen twee weken na het uitspreken van dit arrest te stellen. De Hoge Raad zal de behandeling van dit incident met vier weken aanhouden om partijen in de gelegenheid te stellen zich erover uit te laten of deze zekerheid is gesteld.

4. Beslissing

De Hoge Raad verwijst de zaak naar de rol van 1 november 2019 voor de hiervoor in 3.4.2 genoemde uitlating.

Noot

1. Uit de faillissementen van Roger Lips en zijn echtgenote blijven maar uitspraken van de Hoge Raad over het faillissementsprocesrecht voortvloeien. De hier besproken uitspraak is een vervolg op HR 30 november 2018, «JOR» 2019/47, m.nt. Van Genugten, en ziet op toepassing van art. 27 Fw in geval van meerdere eisende partijen, waarvan er één failliet gaat en de andere niet.

2. Het is goed om kort iets over het procesverloop te vermelden. De echtgenote van Lips en een stichting die is opgericht ten behoeve van hun gezamenlijke kinderen (“de Stichting”), procederen in deze zaak tegen de curatoren in het faillissement van Lips. De echtgenote en de Stichting stellen zich jegens de curatoren van Lips op het standpunt dat zij als gevolg van een reorganisatie binnen het concern van Lips vorderingen

hebben verkregen op hem. Deze vorderingen zouden zijn gedekt door pandrechten op (onder andere) vorderingen die Lips op derden had. De echtgenote en de Stichting willen zich jegens de curatoren op deze pandrechten beroepen.

3. 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 vermeende pandrechten over te gaan en zijn vervolgens, evenals de echtgenote en de Stichting, tot inning van de (beweerdelijk) verpande vorderingen overgegaan.

4. De Stichting en de echtgenote maakten hierop een procedure tegen de curatoren van Lips aanhangig. De rechtbank oordeelde (onder andere) dat de termijn van zeven dagen die door de curatoren was gesteld om tot uitwinning van de pandrechten over te gaan, te kort was en dat zij de inning dienden te staken ten gunste van de Stichting en de echtgenote. Deze uitspraak werd echter weer vernietigd door het hof. Vervolgens stelden de echtgenote en de Stichting beroep in cassatie in. Inmiddels was de echtgenote echter zelf in staat van faillissement verklaard. De Stichting ging niet failliet.

5. Art 27 lid 1 Fw 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 aangestelde curator op te roepen tot overneming van het geding. Indien de curator het geding niet overneemt, kan de gefailleerde procespartij in principe zelf verder procederen, buiten bezwaar van de boedel. De boedel kan zich dan wel beroepen op een eventuele gunstige uitspraak, maar is niet gehouden bij verlies de proceskosten te voldoen. Omdat de proceskosten dus moeilijk verhaalbaar zijn als de curator niet zelf in het geding verschijnt, biedt art. 27 lid 2 Fw de mogelijkheid aan de gedaagde partij om ontslag van instantie te vragen indien de gefailleerde op eigen houtje verder wil procederen. Ontslag van instantie leidt tot beëindiging van de lopende procedure in eerste aanleg. In hoger beroep of cassatie heeft ontslag van instantie als gevolg dat de laatst gewezen uitspraak van de vorige instantie in kracht van gewijsde gaat.

6. Terug naar de casus. Gelet op het uitspreken van het faillissement van de echtgenote verzochten de curatoren van Lips aan de Hoge Raad om de cassatieprocedure te schorsen op grond van art. 27 lid 1 Fw. Zij wilden de curatoren van de echtgenote oproepen om te vernemen of deze de procedure wensten voort te zetten, bij gebreke waarvan ontslag van instantie zou worden gevraagd. In dat geval zou het voor de curatoren van Lips gunstige arrest van het hof in kracht van gewijsde gaan. De echtgenote wilde op haar beurt aan de zijde van de (niet failliete) Stichting zelf verder procederen, buiten bezwaar van de boedel. De boedel van de echtgenote zou in dat geval wel profiteren van een voor de echtgenote gunstig arrest.

7. De Hoge Raad oordeelde in de eerdergenoemde uitspraak van 30 november 2018 dat de cassatieprocedure inderdaad diende te worden geschorst zodat de curatoren van de echtgenote konden worden opgeroepen om zich uit te laten over de vraag of zij de procedure zouden voortzetten. Vervolgens, als formeel zou vaststaan dat de curatoren niet waren verschenen, kon de Hoge Raad een oordeel geven over het verzoek tot het verlenen van ontslag van instantie. De hier gepubliceerde uitspraak is het vervolg op die uitspraak. Inmiddels is duidelijk dat de curatoren van de echtgenote de procedure niet wensen over te nemen. De Hoge Raad buigt zich dus over de vraag of, gelet op het verzoek van de curatoren van Lips hiertoe, ontslag van instantie kan worden verleend of dat het de echtgenote moet worden toegestaan om buiten bezwaar van de boedel verder te procederen, al dan niet na voorafgaande zekerheidsstelling voor de proceskosten.

8. De Hoge Raad herhaalt in de uitspraak eerdere jurisprudentie over het spoorboekje ter beoordeling van een vordering tot ontslag van instantie (HR 23 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT5543 en HR 7 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5197). Deze jurisprudentie houdt in dat art. 27 lid 2 Fw de rechter nooit dwingt tot toewijzing van een vordering tot ontslag van instantie. Voor afwijzing bestaat in ieder geval grond indien toewijzing van die vordering in strijd komt met de eisen van een goede procesorde. Hiervan zou bijvoorbeeld sprake kunnen zijn als vorderingen in conventie en reconventie verknocht zijn en toewijzing van de vordering zou leiden tot het afbreken van één van deze twee procedures, terwijl de andere procedure zou doorlopen. Verder dient bij de beoordeling van de vordering tot ontslag van instantie het belang van de gedaagde partij die het ontslag van instantie vordert, te worden afgewogen tegen dat van de gefailleerde om een uitspraak (al dan niet in hogere instantie) te verkrijgen over een door hem ingestelde vordering. Het belang van de gedaagde partij zal in de regel erin bestaan dat bij voortzetting van de procedure geen verhaal mogelijk is van een proceskostenveroordeling.

9. Uiteindelijk komt het er dus op neer dat ontslag van instantie in de regel kan worden voorkomen doordat de gefailleerde zekerheid stelt voor een eventuele proceskostenveroordeling. Anderzijds geldt dat als géén

zekerheid is gesteld, de vordering tot ontslag van instantie in beginsel dient te worden toegewezen. Als gevolg van bijzondere omstandigheden kan een rechter afwijken van deze hoofdregels.

10. In de onderhavige zaak werd door de gefailleerde echtgenote primair aangevoerd dat er geen belang bestond bij de vordering tot ontslag van instantie, en er dus ook geen zekerheidsstelling nodig was, omdat ook de (niet failliete) Stichting als mede-eiser optrad en een proceskostenveroordeling dus ook op de Stichting zou kunnen worden verhaald. De Hoge Raad gaat hier echter niet in mee. Dat de Stichting mogelijk (mede) veroordeeld wordt in de proceskosten doet er volgens de Hoge Raad niet aan af dat verhaal van de proceskosten bij de failliete echtgenote niet mogelijk is. De verhaalsmogelijkheden ten aanzien van de proceskostenveroordeling zijn dus verslechterd en er bestaat in dat geval voldoende belang voor de toewijzing van een vordering tot ontslag van instantie.

11. De echtgenote had kennelijk al rekening gehouden met dit oordeel en subsidiair was aangeboden om zekerheid te (laten) stellen voor een door de Hoge Raad te bepalen bedrag aan proceskosten. De Hoge Raad stelt vast dat de curatoren van Lips geen ander belang aan hun vordering tot ontslag van instantie ten grondslag hadden gelegd dan het gebrek aan verhaalsmogelijkheden voor de proceskostenveroordeling. Door zekerheidsstelling zou dit belang niet meer relevant zijn. De Hoge Raad oordeelt dan ook dat indien de aangeboden zekerheidsstelling daadwerkelijk plaatsvindt, voor ontslag van instantie geen plaats is. Hij stelt een bedrag van € 3.750 vast waarvoor binnen twee weken zekerheid gesteld dient te worden. De procedure wordt vier weken aangehouden in afwachting van een uitlating van partijen of de zekerheid alsdan daadwerkelijk gesteld is. Enigszins tandenknarsend wordt daarbij door de Hoge Raad nog opgemerkt dat de zekerheid natuurlijk ook direct al had kunnen worden gesteld op basis van de bekende forfaitaire vergoedingen voor proceskosten. De Hoge Raad was mijns inziens ook niet verplicht om nog een nadere gelegenheid te bieden tot zekerheidsstelling en toont zich dus coulant.

12. De vraag is nog wel of de Hoge Raad niet ook op grond van een eventuele verwevenheid tussen de vorderingen van de Stichting en de vorderingen van de echtgenote had kunnen oordelen dat het verlenen van ontslag van instantie in strijd zou komen met de goede procesorde. Het arrest van het hof ten aanzien van de echtgenote zou door ontslag van instantie in kracht van gewijsde gaan, terwijl dit arrest ook onderwerp zou blijven van de cassatieprocedure die door de Stichting wordt gevoerd. Dit zou – mede gelet op eventuele interne verhoudingen tussen de Stichting en de echtgenote – tot vreemde uitkomsten kunnen leiden. Doordat dit argument niet werd aangevoerd en er reeds een zekerheidsstelling was aangeboden, is het echter begrijpelijk dat de Hoge Raad hier verder geen woorden aan vuil heeft gemaakt.

13. Uiteindelijk maakt de hier besproken uitspraak dus vooral duidelijk dat indien twee eisende procespartijen gezamenlijk optreden, waarvan één failliet gaat, de failliete procespartij niet mag “meeliften” met de niet failliet verklaarde mede-eiser. De vermindering van de mogelijkheden voor verhaal van een proceskostenveroordeling zullen moeten worden hersteld door zekerheidsstelling. Omdat een proceskostenveroordeling ten aanzien van meerdere eisende partijen meestal hoofdelijk wordt uitgesproken, komt de gedaagde partij hiermee overigens in een aanzienlijk betere positie. Ook ten aanzien van de niet-failliete partij ontstaat zekerheid dat de proceskosten zullen worden voldaan.

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

Voetnoten

1)

HR 30 november 2018, [ECLI:NL:HR:2018:2220](#), NJ 2018/471, JOR 2019/47 m.nt. M.C. van Genugten.

2)

HR 30 november 2018, [ECLI:NL:HR:2018:2220](#), NJ 2018/471, JOR 2019/47 m.nt. M.C. van Genugten.

3)

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 (*Stad Rajneesh/Breure*).

4)

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

5)

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

6)

Zie de brief van mr. C.S.G. Janssens van 31 januari 2019.

7)

A-G Biegman-Hartogh voor HR 22 november 1991, [ECLI:NL:HR:1991:AD1539](#), NJ 1992/765 m.nt. H.J. Snijders (*De Stad Rajneesh'/Breure*), onder 3.2.

8)

Zie onder meer HR 23 september 2005, [ECLI:NL:HR:2005:AT5543](#), rov. 3.3.2.

9)

HR 23 september 2005, [ECLI:NL:HR:2005:AT5543](#), rov. 3.3.2.

10)

Vgl. HR 23 september 2005, [ECLI:NL:HR:2005:AT5543](#), rov. 3.4 en HR 7 september 2007, [ECLI:NL:HR:2007:BA5197](#), rov. 3.2.