

VU Research Portal

Kroniek Insolventieprocesrecht

Groot, E.F.

published in

Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging
2011

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Groot, E. F. (2011). Kroniek Insolventieprocesrecht. *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*, 2011(4), 127-133.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Kroniek

Insolventieprocesrecht

Inleiding

De periode van deze kroniek over insolventieprocesrecht beslaat twee jaar (van september 2009 tot september 2011). Ik behandel het voorontwerp voor een Insolventiewet, de Recofa-richtlijnen en Procesreglementen. Vervolgens bespreek ik verschenen jurisprudentie van (met name) de Hoge Raad.

Wet- en regelgeving

Voorontwerp Insolventiewet

Al decennialang bestaat de wens om het insolventierecht te moderniseren. Uiteindelijk heeft deze geleid tot de aanbidding van een voorontwerp voor een nieuwe Insolventiewet in 2007 door de commissie-Kortmann aan de minister van Justitie. In het voorontwerp is gekozen voor een integrale herziening van de Faillissementswet (Fw), omdat een herziening van afzonderlijke kwesties in verschillende fasen een gemankeerd systeem kan opleveren vanwege de vele bij een insolventie betrokken – en veelal tegenstrijdige – belangen, de onderlinge samenhang van de verschillende issues in het insolventierecht en de invloed van het insolventierecht op het algemene vermogensrecht.¹

Verwacht had mogen worden dat de huidige regering enthousiast en voortvarend aan de slag was gegaan met dit voorontwerp. Blijkens het regeerakkoord hecht zij groot belang aan een gezond bedrijfsleven, wil zij internationaal opererende bedrijven en sectoren graag in Nederland houden en de concurrentiekracht van het bedrijfsleven versterken door te faciliteren en te stimuleren. Daarbij hoort toch ook een op de eisen van deze tijd toegesneden insolventiewetgeving.

Uit de beantwoording van Kamervragen begin dit jaar bleek echter dat de regering niet voornemens is de Faillissementswet conform het voorontwerp geheel te renoveren. Volgens de minister van Veiligheid en Justitie rechtvaardigen de tekortkomingen van de faillissementswetgeving niet de integrale herziening daarvan. Stabiliteit en rechtszekerheid worden boven verandering en onbekendheid gesteld in een tijd waarin het dempen van de gevolgen van de economische crisis vooropstaat. Een rol hierbij speelt dat het voorontwerp controversiële (lees: de overheid geld kostende) voorstellen kent, zoals het afschaffen van de voorrangpositie van de fiscus. De minister staat wel open voor partiële aanpassingen, bijvoorbeeld op het gebied van het reorganiserend vermogen van bedrijven.²

Het op de plank leggen van het voorontwerp heeft tot kritiek uit de praktijk geleid. Zo schrijft Verstijlen dat er weinig

nieuws valt te verwachten en we 'weer terug bij af' zijn.³ Tollenaar betoogt dat de tekortkomingen van het Nederlandse insolventiesysteem ertoe leiden dat bedrijven uit Nederland vertrekken, vaak omdat het Nederlandse insolventierecht ongeschikt is voor internationale herstructurerings, waardoor Nederland internationaal achterop zal raken. Hij doet een oproep aan de rechtspraak: 'Zolang de wetgever stil blijft zitten, moet de praktijk het heft in eigen handen nemen en het systeem waar mogelijk doorontwikkelen binnen de bestaande wettelijke kaders.'⁴

Recofa-richtlijnen en Procesreglement

Voor 1 april 2009 bevatten de twee Recofa-richtlijnen (de Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling en de Recofa-richtlijnen voor schuldsaneringsregelingen) zowel regels voor het indienen en behandelen van verzoekschriften in insolventiezaken als regels voor de verdere behandeling van insolventies.

Op 1 april 2009 is het Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken in werking getreden. Het is van toepassing op alle proceshandelingen die na 1 april 2009 worden verricht en heeft betrekking op de procedure tot en met het uitspreken van het faillissement, het verlenen van de surseance of het toepassen van de schuldsaneringsregeling. In de per diezelfde datum in werking getreden gewijzigde (afgeslankte) Recofa-richtlijnen staan nog slechts regels voor de verdere behandeling van faillissementen, surseances en schuldsaneringsregelingen.

Op 1 januari 2011 is de derde versie van het Procesreglement verzoekschriftprocedures handels- en insolventiezaken gerechtshoven in werking getreden. Dit reglement is van toepassing op alle proceshandelingen die na 1 januari 2011 worden verricht.

Alle regelingen zijn te raadplegen op <www.rechtspraak.nl>.

Jurisprudentie

Griffierecht

Art. 4 lid 2 onder i Wet griffierechten burgerlijke zaken houdt in dat geen griffierecht verschuldigd is voor de indiening van een verzoekschrift tot het van toepassing verklaren van de schuldsaneringsregeling. Deze bepaling moet volgens HR 8 juli 2011, LJN BQ3883 aldus worden uitgelegd dat niet alleen in eerste aanleg, maar ook in hoger beroep en cassatie geen griffierecht is verschuldigd door de schuldenaar die een

1. Zie over (de inhoud van) het voorontwerp M.J. van der Aa, *Kroniek Insolventieprocesrecht*, TCR 2009, p. 37-43.

2. Zie Aanhangsel Handelingen II 2010/11, nr. 1014.

3. F.M.J. Verstijlen, Alles (te) rustig aan het wetgevingsfront, TvI 2011, p. 12.

4. N.W.A. Tollenaar, Faillissementsrecht van Nederland: geef ons de pre-pack, TvI 2011, p. 13, waarin de auteur ingaat op de mogelijkheid van een vooraf voorbereide activatransactie uit faillissement, de zogenaemde pre-pack.

beslissing wenst over de toepassing van de schuldsaneringsregeling. De Hoge Raad geeft hiervoor de volgende redenen. Ten eerste is de wetgever kennelijk van oordeel dat van personen die een schuldsaneringsverzoek bij de rechtbank indienen niet gevergd kan worden dat zij griffierechten betalen, zelfs niet het bedrag dat aan onvermogens in rekening wordt gebracht. Ten tweede heeft de wetgever de toegankelijkheid van de schuldsaneringsregeling willen bevorderen door geen onnodige financiële drempels op te werpen. Ten slotte moet het recht op toegang tot de rechter worden gewaarborgd.

Procesvertegenwoordiging

Volgens art. 5 lid 1 jo. art. 4 lid 1 Fw moet een verzoekschrift tot faillietverklaring worden ingediend door een advocaat. De Faillissementswet geeft echter niet aan of de schuldeiser zich tijdens de zitting ook moet laten vertegenwoordigen door een advocaat. Volgens het Hof Den Haag geldt verplichte bijstand alleen voor de indiening en niet voor de behandeling ter zitting en evenmin voor het tijdens de zitting persisteren, intrekken en vragen om aanhouding.⁵ Het hof zoekt voor zijn oordeel aansluiting bij de algemene regeling van de verzoekschriftprocedure 'waarvoor geldt dat partijen zonder advocaat ter zitting kunnen verschijnen (art. 279, lid 3, Rv) en dan in persoon het woord mogen voeren en verzoeken doen'. Deze keuze van de wetgever brengt mee dat de rechter een op correcte wijze ingediend verzoekschrift niet mag afwijzen als geen advocaat aanwezig is tijdens de zitting. Hierbij merkt het hof wel op dat bijstand van een advocaat vaak aanbeveling zal verdienen.

Rechtsmiddelen

Verbetering proces-verbaal verificatievergadering

In HR 19 november 2010, LJN BN8529, NJ 2011, 403 m.nt. Verstijlen, verzoekt een aantal schuldeisers op grond van art. 137 lid 2 Fw om verschillende wijzigingen aan te brengen in het proces-verbaal van de verificatievergadering, die ertoe zouden leiden dat zij als erkende schuldeisers zouden worden aangemerkt. De rechtbank wijst dit verzoek deels af. De vraag is of tegen de beschikking van de rechtbank hoger beroep kan worden ingesteld. Uitgangspunt is dat voor het instellen van rechtsmiddelen tegen beslissingen inzake een faillissement de algemene regels voor verzoekschriftprocedures gelden, tenzij in de Faillissementswet een uitzondering is opgenomen.⁶ In casu kon een uitzondering mogelijk worden gebaseerd op art. 85 Fw. Dit artikel houdt in dat geen rechtsmiddelen kunnen worden aangewend tegen beschikkingen van administratieve aard die worden genomen in het kader van de vereffening van de boedel.⁷ De Hoge Raad overweegt dat de procedure tot verbetering van het proces-verbaal niet ertoe kan dienen

'om alsnog vorderingen te verifiëren die op de verificatievergadering niet zijn geverifieerd. Aangenomen moet dan ook worden dat een beslissing van de rechtbank op een

verzoek als in art. 137 lid 2 bedoeld, behoort tot de naar hun inhoud administratieve beslissingen die door de rechter genomen worden in het kader van de vereffening van de boedel waarop art. 85 het oog heeft. Daartegen staat dan ook geen hoger beroep open.⁸

Hoewel art. 85 Fw bepaalt dat de rechtbank de beschikkingen in hoogste ressort geeft, is cassatieberoep wel mogelijk.⁹

Niet-ontvankelijkverklaring schuldsaneringsverzoek

De schuldenaar kan tegen de afwijzing van een schuldsaneringsverzoek in hoger beroep (art. 292 lid 3 Fw). In de praktijk bestond onduidelijkheid of ook tegen een niet-ontvankelijkverklaring hoger beroep kan worden ingesteld. De Hoge Raad heeft aan deze onduidelijkheid expliciet een eind gemaakt door te overwegen:¹⁰ 'De rechtbank heeft [verzoeker] niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek. Van deze beslissing, die een afwijzing als bedoeld in art. 292 lid 3 F. inhoudt, is [verzoeker] op de voet van die bepaling in hoger beroep gekomen.'

Vrij te laten bedrag

Door de schuldenaar is een verzoek gedaan om in het vrij te laten bedrag rekening te houden met de premie van de ziektekostenverzekering van zijn echtgenote. De Hoge Raad overweegt dat dit een verzoek in de zin van art. 295 lid 2 Fw is en niet een verzoek in de zin van art. 295 lid 3 Fw (verhoging van het vrij te laten bedrag met een nominaal bedrag).¹¹ In geval van een geschil over de omvang van het vrij te laten bedrag kan de schuldenaar zich wenden tot de rechter-commissaris (ex art. 317 Fw) en vervolgens kan van de beschikking van de rechter-commissaris hoger beroep worden ingesteld (art. 315 lid 1 Fw). Geen hoger beroep is mogelijk tegen de beslissing van de rechter-commissaris over de vaststelling van het nominale bedrag op grond van art. 295 lid 3 Fw (art. 315 lid 2 Fw). In casu had de rechtbank ten onrechte art. 315 lid 2 Fw toegepast. De Hoge Raad verwijst de zaak.

Een klein jaar later komt de zaak weer bij de Hoge Raad terug.¹² Na verwijzing heeft de rechtbank de beschikking van de rechter-commissaris – inhoudende: geen verhoging van de beslagvrije voet – bekrachtigd. Tegen deze beslissing is hoger beroep niet mogelijk, omdat art. 360 Fw als hoofdregel kent dat tegen beslissingen ingevolge de schuldsaneringsregeling geen rechtsmiddelen openstaan, terwijl de wet in dit geval een rechtsmiddel niet uitdrukkelijk toelaat. Een appèlverbod kan volgens vaste rechtspraak worden doorbroken op bepaalde gronden, onder andere het veronachtzamen van een fundamenteel rechtsbeginsel.¹³ In casu klaagt de schuldenaar over

8. Anders: A-G Huydecoper in nr. 9-24 van zijn conclusie. Hij meent dat een beslissing die strekt tot toelating van een vordering in het faillissement 'wezenlijke inhoudelijke repercussies voor de betrokkenen bij het faillissement met zich meebrengt, en daarmee het kader van de "administratieve beslissing" van art. 85 Fw (...) overstijgt'.

9. HR 3 juli 1989, LJN AB8474, NJ 1989, 770.

10. HR 29 januari 2010, LJN BK4947.

11. HR 30 oktober 2009, LJN BJ7537, NJ 2009, 539.

12. HR 9 juli 2010, LJN BM3892.

13. Zie o.a. HR 29 maart 1985, NJ 1986, 242.

5. Hof Den Haag 12 februari 2009, LJN BH2781, RI 2009, 25.

6. HR 10 augustus 1984, NJ 1985, 69 m.nt. Van der Grinten.

7. Zie hierover de conclusie van de A-G, nr. 11 e.v.

schending van hoor en wederhoor en daarmee is hij ontvankelijk in zijn cassatieberoep. Inderdaad blijkt de rechtbank de schuldenaar ten onrechte niet te hebben (opgeroepen om te worden) gehoord. Er volgt wederom verwijzing.

Vernietiging na de instelling van een rechtsmiddel

De schuldenaar is op eigen aangifte bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis failliet verklaard. Vervolgens stelt een werknemer op grond van art. 10 Fw verzet in tegen de faillietverklaring. Het verzet slaagt: de rechtbank vernietigt het faillissementsvonnis (bij 'verzetvonnis'). Vervolgens komt de schuldenaar in hoger beroep en ook dat hoger beroep slaagt: het hof vernietigt het verzetvonnis van de rechtbank.¹⁴ Het hof overweegt, met verwijzing naar HR 28 september 1984, NJ 1985, 83 m.nt. WHH, dat het verzetvonnis – waarin het faillissement ongedaan gemaakt werd – zijn werking heeft verloren door de vernietiging. Dit betekent dat er geen faillissement meer was op de dag van het verzetvonnis, ook al bevatte dat verzetvonnis geen onaantastbaar oordeel over het faillissement omdat nog rechtsmiddelen konden worden ingesteld. Wat nu moet het hof doen: opnieuw het faillissement uitspreken of het vonnis waarin de schuldenaar aanvankelijk failliet verklaard was, bekrachtigen? Het hof bekrachtigt met een beroep op HR 5 september 2008, LJN BC9351, NJ 2009, 154 m.nt. Van Mierlo en JBPr 2008, 52 m.nt. Loesberg. Het oorspronkelijke faillissement herleeft, met dien verstande dat wijzigingen in de rechtstoestand tussen de vernietiging van het faillissementsvonnis en de dag van de uitspraak in hoger beroep gerespecteerd moeten worden.

Aangetekend moet worden dat een andere opvatting mogelijk is, namelijk dat het faillissement voortduurt totdat een uitspraak waarbij het faillissement wordt vernietigd in kracht van gewijsde gaat.¹⁵

Termijnen

Aanvang

De Faillissementswet kent zeer korte termijnen voor het instellen van rechtsmiddelen zodat snel zekerheid ontstaat, bijvoorbeeld over de vraag of een faillissement in stand moet blijven. Vooropstaat dat aan de termijnen strikt de hand moet worden gehouden.¹⁶

De termijnen beginnen op de dag na de uitspraak. De uitspraak is de dag waarop de rechterlijke beslissing openbaar wordt gemaakt en niet de dag waarop de beslissing in schriftelijke vorm aanwezig is.¹⁷ Als op de zitting (moment X) door de rechter wordt meegedeeld op welke datum de uitspraak zal worden gedaan (moment Y) en de rechter daarbij op voorhand aangeeft hoe de uitspraak zal gaan luiden, bijvoorbeeld omdat de rechter zijn beslissing al weet en hij de schuldenaar

niet langer in spanning wil laten, begint de termijn vanaf moment Y.¹⁸

Verzettermijn art. 8 Fw

Verzet tegen een faillissementsvonnis kan door de niet-gehoorde schuldenaar worden ingesteld gedurende veertien dagen na de dag van de uitspraak. Deze termijn wordt verlengd tot een maand indien de schuldenaar zich tijdens de uitspraak niet binnen het Rijk in Europa bevindt (art. 8 lid 2 Fw).

Het Hof Leeuwarden moest zich buigen over de vraag waar de schuldenaar zich ten tijde van de uitspraak bevond om zo te kunnen vaststellen welke termijn (veertien dagen of een maand) moest worden gehanteerd.¹⁹ Opvallend is dat het hof niet de statutaire zetel (Nederland) doorslaggevend acht, maar het postadres van de vennootschap (België volgens het overgelegde uittreksel van de Kamer van Koophandel). Het hof komt tot dit oordeel omdat – in aanmerking genomen dat art. 8 lid 2 Fw is toegesneden op natuurlijke personen en niet op rechtspersonen – de ratio van het artikel moet worden gevolgd. Deze is dat moet worden bevorderd dat een aanvraag tot faillietverklaring niet wordt behandeld buiten de aanwezigheid van de betrokken schuldenaar om. Daarom is, als het uittreksel van de Kamer van Koophandel zowel een postadres als een statutaire zetel vermeldt, het adres waar de post naartoe gaat bepalend voor de vraag waar de rechtspersoon zich bevindt.

Nasturen beroepschrift na indiening per fax

Het beroepschrift in hoger beroep kan per fax worden toegezonden aan de griffie van het hof.²⁰ Volgens art. 3.1.3 van het Procesreglement verzoekschriftprocedures handels- en insolventiezaken gerechtshoven dient het beroepschrift dan *per ommegaande* te worden nagezonden per post of te worden afgegeven aan de balie. In een door het Hof Den Bosch besliste zaak is het beroepschrift – dat aan alle wettelijke vereisten voldeed – tijdig per fax ingediend.²¹ Het wordt echter pas een maand later en niet per ommegaande per post nagezonden. Op het niet voldoen aan latere toezending is geen sanctie gesteld. Het hof overweegt dat het verzuim van tijdige nazending niet een zodanige schending van de goede procesorde is dat een niet-ontvankelijkverklaring moet volgen. De eisen van een behoorlijke rechtspleging vergen dat een herstelmogelijkheid wordt gegeven.

Termijnoverschrijding

In een drietal zaken (de door de Hoge Raad besliste zaken zijn afgedaan op grond van art. 81 Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO)) was de schuldsaneringsregeling door de rechtbank tussentijds beëindigd zonder 'schone lei' (art. 350 Fw). In dit soort zaken ontbreekt dikwijls een tegenpartij, wordt vaak in eerste aanleg zonder professionele rechtsbijstand

14. Hof Den Bosch 16 november 2010, LJN BO4344, RI 2011, 12.

15. Zie hierover de wenk in RI 2011, 12.

16. Zie voor de uitzondering op deze regel: HR 28 november 2003, LJN AN8489, NJ 2005, 465 m.nt. DA en HR 10 juni 2005, LJN AT1097, NJ 2005, 372.

17. HR 24 april 2009, LJN BG9906, NJ 2009, 206.

18. HR 9 juli 2010, LJN BM2337.

19. Hof Leeuwarden 21 juli 2011, LJN BR3283.

20. HR 10 juni 1994, NJ 1995, 284.

21. Hof Den Bosch 22 maart 2011, LJN BQ0318.

geprocedeerd en geldt een korte appèltermijn van acht dagen (art. 351 Fw). De kans op termijnoverschrijding wordt hierdoor vergroot. In de eerste zaak (HR 18 maart 2011, LJN BP7997) was door het hof – terecht volgens de A-G – geoordeeld dat het procederen zonder procesvertegenwoordiging voor eigen risico van partijen is en dat de beschikking in een dergelijk geval niet aangetekend hoeft te worden verzonden. In de tweede zaak (HR 22 april 2011, LJN BP5602) pleit A-G Wuïsmann in zijn conclusie voor iets meer ruimte voor verschoonbare termijnoverschrijding in de gevallen als hier aan de orde. Het moet dan gaan om een termijnoverschrijding ‘als gevolg van een omstandigheid die de rechtzoekende niet zelf betreft en verder zo ongewoon en onvoorzienbaar is dat gezegd kan worden dat de rechtzoekende in redelijkheid geen maatregelen ter voorkoming van de termijnoverschrijding had hoeven treffen’. Overigens was daarvan in de betreffende zaak geen sprake: dat was een duidelijk gevalletje niet-verschoonbare termijnoverschrijding (van het vonnis van de rechtbank van 2 juni 2010 wordt pas hoger beroep ingesteld op 22 juni 2010, volgens de schuldenaar omdat hij van 14 tot en met 19 mei 2010 in het ziekenhuis was opgenomen en daarna een herstelperiode nodig had). In de laatste zaak klaagt de schuldenaar dat zowel de oproepingen voor de zittingen als het op 22 september 2010 gewezen vonnis in eerste aanleg naar een verkeerd adres waren gestuurd, waardoor de termijn verschoonbaar zou zijn overschreden. Het hof stelt voorop dat de oproepingen en het vonnis zijn verzonden naar adres X, waarop de schuldenaar volgens de gemeentelijke basisadministratie was ingeschreven, terwijl uit niets bleek dat de schuldenaar in werkelijkheid op een ander adres woonachtig was. De schuldenaar is ervoor verantwoordelijk dat de GBA-inschrijving overeenkomt met de werkelijkheid. Het risico dat de schuldenaar relevante informatie met betrekking tot de schuldsaneringsregeling mist als hij dit nalaat, komt volgens het hof voor zijn rekening.²²

Inhoud beroepschrift

Gronden

Door de zeer korte termijnen en de soms beperkte informatievoorziening van de schuldenaar zijn beroepschriften in insolventiezaken niet zelden summier. Toch geldt ook in deze zaken dat het beroepschrift in hoger beroep en in cassatie de gronden moet bevatten waarop het beroep rust (art. 359 jo. art. 278 lid 1 en art. 426a lid 2 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)). Het Hof Arnhem verklaarde – terecht volgens de A-G – een schuldenaar niet-ontvankelijk die in zijn beroepschrift enkel had opgenomen dat hij hoger beroep instelde omdat hij zich niet kon verenigen met de beslissing van de rechtbank.²³

22. Hof Den Bosch 1 februari 2011, LJN BP3740.

23. HR 5 maart 2010, LJN BK9173, afgedaan ex art. 81 Wet RO. Zie voor de mogelijkheid van aanvulling of wijziging van de gronden als niet tijdig kon worden beschikt over een essentieel processtuk: HR 23 december 2005, NJ 2006, 31.

Grievensstelsel: overweging ten overvloede

Het is oppassen geblazen met overwegingen ten overvloede, zo blijkt uit HR 29 april 2011, LJN BQ0713. In die zaak overweegt de rechtbank dat niet is komen vast te staan dat de schuldenaar geprobeerd had de schuldeisers te benadelen door inkomsten te verwerven en deze niet op te geven aan de bewindvoerder (oordeel 1). ‘Ten overvloede’ merkt de rechtbank vervolgens op dat, ook al zou de schuldenaar niet-opgegeven inkomsten hebben gehad, de tekortkoming van onvoldoende gewicht zou zijn om de schone lei aan hem te onthouden (oordeel 2). Tegen alleen oordeel 1 wordt – met succes – hoger beroep ingesteld door de ex-echtgenoot (en schuldeiser) van de schuldenaar. Het hof meent dat de schuldenaar toerekenbaar tekortgeschoten is en dat deze tekortkoming zodanig ernstig is dat deze niet buiten beschouwing dient te blijven. De schuldenaar voert in hoger beroep als verweer dat oordeel 2 onaantastbaar is geworden nu daartegen geen grief is gericht. Volgens het hof echter heeft het niet aanvoeren van een grief tegen een overweging ‘ten overvloede’ geen consequenties voor de uitslag in hoger beroep. In cassatie krijgt de schuldenaar gelijk. De Hoge Raad acht niet de aanduiding ‘ten overvloede’ beslissend, maar hoe de overweging, naar haar inhoud genomen, zich verhoudt tot de beslissing in het dictum. Bovendien is de ‘ten overvloede’ gegeven beslissing een grond die de beslissing van de rechtbank zelfstandig draagt. Het niet bestrijden van oordeel 2 maakt dat het hof geen ruimte had om te beslissen dat de toerekenbare tekortkoming (het gevolg van het slagen van de grief tegen oordeel 1) zodanig ernstig was dat de schone lei diende te worden onthouden. Het hof had niet anders gekund dan het vonnis van de rechtbank bekrachtigen.

Beroep op de hardheidsclausule

Een beroep op de hardheidsclausule van art. 288 lid 3 Fw moet voldoende duidelijk worden gesteld en onderbouwd.²⁴ Als de rechtbank een beroep op de hardheidsclausule afwijst en daartegen een grief wordt gericht, moet het hof daarop gemotiveerd ingaan.²⁵ Immers, een terecht beroep op de hardheidsclausule bewerkstelligt dat de schuldenaar tot de schuldsanering kan worden toegelaten ondanks ontbrekende goede trouw.

Procedures tijdens faillissement

Art. 27 Fw: moment van schorsing van de procedure en oproeping curator

Art. 27 Fw is van toepassing op procedures die op het moment van de faillietverklaring aanhangig zijn en waarbij de failliet eiser is. De gedaagde kan verzoeken om schorsing van de procedure om de gelegenheid te hebben, binnen een door de rechter te bepalen termijn, de curator tot overneming van de procedure op te roepen (art. 27 lid 1 Fw). Uit de bepaling blijkt dat inmenging van de rechter nodig is, onder andere voor het bepalen van de termijn. Daarom gaat volgens de Hoge Raad de

24. Zie hierover de conclusie van A-G Huydecoper voor HR 10 september 2010, LJN BM7046.

25. HR 22 april 2011, LJN BP4673.

schorsing pas in op het moment waarop de rechter het verzoek tot schorsing heeft toegewezen; het enkele beroep op art. 27 Fw heeft niet de schorsing van de procedure tot gevolg.²⁶

Tijdens de schorsing moet de curator worden opgeroepen tot overneming van de procedure. Als de curator geen gevolg geeft aan de oproeping, kan de gedaagde ontslag van instantie vragen (art. 27 lid 2 Fw). De beslissing over ontslag van instantie raakt rechtstreeks de positie van de curator en de door hem beheerde boedel. Uit HR 27 mei 2011, LJN BP8693 volgt dan ook dat de rechter de curator moet oproepen, zodat de laatste zich kan uitlaten over het gevraagde ontslag van instantie. De curator kan het rechtsmiddel van hoger beroep instellen tegen de beslissing waarbij de rechter ontslag van instantie verleent zonder de curator behoorlijk te hebben opgeroepen. Als de termijn voor hoger beroep al is verstreken op het moment dat de curator kennisneemt of redelijkerwijs kennis heeft kunnen nemen van de beslissing, dan wordt de termijn verlengd met veertien dagen ingaande op de dag na die waarop de curator van de beslissing kennis heeft genomen of redelijkerwijs heeft kunnen nemen.

Als de curator besluit de procedure over te nemen, staat de failliet buiten het geding en is hij geen procespartij meer. De failliet kan dan geen rechtsmiddel instellen tegen een beslissing gegeven tussen de curator en de wederpartij.²⁷

Art. 29 Fw: moment waarna geen schorsing van de procedure en voeging van schuldeisers

Art. 29 Fw is van toepassing op procedures die op het moment van de faillietverklaring aanhangig zijn, waarbij de failliet gedaagde is en de rechtsvordering de voldoening van een verbintenis uit de boedel ten doel heeft (doorgaans gaat het om de betaling van geldbedragen door de failliet). Het geding wordt na de faillietverklaring van rechtswege geschorst. Als op het moment van de faillietverklaring al eindvonnis is gewezen of het geval van art. 30 lid 1 Fw zich voordoet (partijen hebben vóór de faillietverklaring al vonnis gevraagd), dan geldt de schorsingsregeling niet. De voortzetting van het geding in hoger beroep of cassatie moet dan tegen of door de curator gebeuren. In casu is dat gebeurd: na het eindvonnis in eerste aanleg gaat de gedaagde failliet en daarna stelt de curator hoger beroep in en zet hij het geding in hoger beroep voort.²⁸

In HR 23 september 2011, LJN BQ8092 staat de bevoegdheid van andere schuldeisers om deel te nemen aan een procedure centraal. De casus is als volgt. De curator van Exhibit Factory B.V. (hierna: curator van Exhibit) stelt een vordering in bij de rechtbank tot aansprakelijkstelling van de bestuurder van die vennootschap voor het tekort in het faillissement. Op 9 september 2009 vragen partijen vonnis. Op 3 december 2009 wordt het faillissement van de bestuurder uitgesproken. Een klein jaar later, op 3 november 2010, wijst de rechtbank de vordering van de curator van Exhibit tegen de bestuurder toe. Op 6 december 2010 stelt de curator in het

faillissement van de bestuurder (hierna: curator van de bestuurder) tegen deze beslissing hoger beroep in. Vervolgens wordt op 25 januari 2011 in het faillissement van de bestuurder een verificatievergadering gehouden. Tijdens die vergadering betwist een andere schuldeiser de vordering van de curator van Exhibit. De rechter-commissaris verwijst partijen naar het Hof Den Bosch, dat oordeelt over het vonnis van 3 december 2010. Met deze verwijzing is de curator van Exhibit het niet eens.

De eerste vraag is of de vordering van de curator van Exhibit geverifieerd dient te worden, nu inmiddels een vonnis is gewezen. De Hoge Raad overweegt dat een vordering die de voldoening van een verbintenis uit de boedel ten doel heeft (bijvoorbeeld een aansprakelijkheidsvordering), moet worden aangemeld ter verificatie. Deze verificatie is zelfs nodig als de schuldeiser over een onherroepelijk vonnis beschikt (hoewel de verificatie dan doorgaans niet meer zal behelzen dan de constatering dat de vordering erkend moet worden).

De tweede vraag is wat er moet gebeuren met de betwistende andere schuldeiser. In casu is de schorsingsregeling van art. 29 Fw niet van toepassing (zie de uitspraak hierboven); de curator van de bestuurder heeft door het instellen van het hoger beroep al te kennen gegeven de procedure tegen de curator van Exhibit te willen voortzetten. Behalve de curator hebben ook de andere schuldeisers de bevoegdheid een vordering te betwisten (art. 119 Fw) en een procedure te voeren tegen de schuldeiser wiens vordering wordt betwist, zodat de andere schuldeisers hun argumenten tegen de vordering naar voren kunnen brengen (art. 29 en 122 Fw). In casu is over de betreffende vordering een procedure bij het hof aanhangig tussen de curator van de bestuurder en de curator van Exhibit. De Hoge Raad beslist dat een andere schuldeiser zich, naar analogie van art. 122 lid 4 Fw, aan de zijde van de curator kan voegen in de instantie die geopend is door het rechtsmiddel dat de curator heeft ingesteld, mits de andere schuldeiser de vordering tijdens de verificatievergadering heeft betwist. In casu was de vordering door de andere schuldeiser betwist en mocht de schuldeiser zich voegen aan de zijde van de curator van de bestuurder in de bij het Hof Den Bosch aanhangige procedure tegen de curator van Exhibit. Hierdoor werd een procedure bij de rechtbank over dezelfde vordering tussen de curator van Exhibit en de andere schuldeiser – en daarmee het risico op tegenstrijdige uitspraken – voorkomen.

Een formele verwijzing door de rechter-commissaris is niet nodig, omdat de andere schuldeisers de bevoegdheid hebben om deel te nemen aan de procedure. De verwijzingsbeslissing is dan ook geen beschikking in de zin van art. 67 Fw. Tegen de beschikking kan dan ook alleen cassatieberoep worden ingesteld.

Art. 29 Fw en een voorlopig getuigenverhoor
Het Hof Den Bosch besliste dat de schorsing van een bodemprocedure op grond van art. 29 Fw niet inhoudt dat ook de procedure tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor – waarin getuigenbewijs wordt verzameld ten behoeve van die

26. HR 11 december 2009, BK0857, NJ 2010, 581 m.nt. Snijders.

27. HR 23 april 2010, LJN BL5450, NJ 2010, 245.

28. HR 16 januari 2009, LJN BH0070, NJ 2009, 55; zie ook HR 9 september 1994, NJ 1995.

bodemprocedure – is geschorst.²⁹ De redenen daarvoor zijn dat het voorlopig getuigenverhoor een zelfstandige, van de bodemprocedure losstaande procedure betreft en dat ook tijdens een schorsing goede redenen kunnen bestaan voor het houden van een voorlopig getuigenverhoor, bijvoorbeeld als niet kan worden gewacht met het horen van een getuige omdat die lijdt aan een levensbedreigende ziekte.

Hoorplicht

In twee arresten casseert de Hoge Raad omdat niet is voldaan aan de hoorplicht bij het ontslag van de curator (art. 73 Fw) of de bewindvoerder (art. 319 Fw). In de eerste zaak (HR 16 oktober 2009, LJN BJ7381, NJ 2009, 517) was de rechter-commissaris niet gehoord op het verzoek tot ontslag van de curator. Dit ontslagverzoek is een ‘zaak, het beheer of de vereffening des faillieten boedels betreffende’. Voorafgaand aan het nemen van een beslissing in een dergelijke zaak, moet de rechter-commissaris worden gehoord (art. 65 Fw). Het niet horen van de rechter-commissaris heeft als consequentie dat de (in casu afwijzende) beslissing van de rechtbank op het ontslagverzoek niet in stand kan blijven.³⁰ In de tweede zaak (HR 27 november 2009, LJN BJ8842) was de bewindvoerder door de rechtbank ontslagen zonder te zijn gehoord, terwijl art. 319 lid 1 Fw voorschrijft dat de bewindvoerder moet worden (opgeroepen om te worden) gehoord op een ontslagverzoek. Ook hier beslist de Hoge Raad dat de beschikking niet in stand kan blijven.

Minnelijke regeling en 285-verklaring

Voorafgaande aan de wettelijke schuldsanering moet een buitengerechtigde schuldregeling worden beproefd. Als het minnelijke traject tot niets leidt en de schuldenaar overgaat tot het indienen van een verzoek tot toelating tot de schuldsaneringsregeling moet daarbij een zogenoemde 285-verklaring (een met redenen omklede verklaring waarin onder andere is opgenomen dat er geen reële mogelijkheden zijn om tot een buitengerechtigde schuldregeling te komen) worden overgelegd. Deze verklaring helpt de rechter bij de beoordeling of in voldoende mate is geprobeerd tot een minnelijke regeling te komen.

Volgens art. 288 lid 2 onder b Fw moet een verzoek tot toelating tot de schuldsanering worden afgewezen als de poging tot het treffen van een minnelijke regeling niet is uitgevoerd door een persoon of instelling als bedoeld in art. 48 lid 1 Wet op het consumentenkrediet (WCK). Volgens de Hoge Raad moet het onderzoek naar een buitengerechtigde schuldsanering worden uitgevoerd door een persoon of instelling als bedoeld in art. 48 lid 1 onder b, c en d WCK, maar vallen bemiddelaars genoemd in art. 48 lid 1 onder a WCK hier niet onder.³¹

De 285-verklaring moet volgens art. 285 lid 1 onder f Fw worden afgegeven door het college van burgemeester en wethouders van de gemeente van de woonplaats van de schuldenaar of een gemandateerde, te weten een gemeentelijke kredietbank of een in art. 48 lid 1 onder d WCK aangewezen natuurlijke persoon of rechtspersoon. In HR 5 november 2010, LJN BN8056, NJ 2011, 31 m.nt. PvS, beslist de Hoge Raad dat ook de personen bedoeld in art. 48 onder c WCK, bijvoorbeeld een advocaat, curator of registeraccountant, bevoegd zijn een 285-verklaring af te geven. Hiermee wordt voorkomen dat de personen bedoeld in art. 48 lid 1 onder c WCK wel bevoegd zijn zich op professionele wijze bezig te houden met schuldbemiddeling, maar niet bevoegd zijn een 285-verklaring af te geven. De Hoge Raad meent dat dit een onderscheid is waarvoor ‘geen goede grond’ bestaat en gaat daarom over tot een ‘redelijke wetstoepassing’. In zijn noot vraagt Van Schilfgaarde zich af of de Hoge Raad hier geen staatsrechtelijke grens heeft overschreden door – mijn samenvatting – een recente en weloverwogen keuze van de wetgever aan zijn laars te lappen.

Het minnelijke traject moet zijn voltooid vóórdat de schuldenaar verzoekt om toegelaten te worden tot de schuldsaneringsregeling.³² In casu biedt de schuldenaar pas een minnelijk akkoord aan na de indiening van het schuldsaneringsverzoek. De hersteltermijn van art. 287 lid 2 Fw dient er volgens het hof niet toe de schuldenaar alsnog de kans te geven het minnelijke traject te doorlopen of af te ronden, maar om stukken in het geding te brengen waaruit blijkt dat het minnelijke traject – voordat de schuldsaneringsprocedure is begonnen – is mislukt. De schuldenaren zijn niet-ontvankelijk, maar kunnen opnieuw een verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsregeling indienen.³³

De 285-verklaring kan ook in hoger beroep nog worden overgelegd, omdat het ‘hoger beroep ook strekt tot herstel van eigen verzuimen en tot aanvulling van hetgeen bij de procesvoering in eerste aanleg is nagelaten’.³⁴

In een zaak waarin geen minnelijk traject was doorlopen, wordt het schuldsaneringsverzoek toch gered. Het hof beslist dat als uit een 285-verklaring (in casu was die bij brief van de advocaat en de nadere toelichting in hoger beroep gegeven) blijkt dat het aanbieden van een buitengerechtigde schuldregeling gedoemd was te mislukken bij gebreke van enige aflossingscapaciteit, die situatie dan gelijkgesteld dient te worden met de situatie waarin het minnelijke traject op juiste wijze, maar zonder succes, is doorlopen.³⁵ Als geen minnelijk traject is gestart, maar uit de stukken en het verhandelde ter zitting blijkt dat een minnelijk traject *volstrekt kansloos* is, dan heeft het naar mijn mening geen zin de schuldenaar niet-ontvankelijk te verklaren, waarna hij – na bemachtiging van een papiertje dat bevestigt dat het minnelijke traject is mislukt – opnieuw een schuldsaneringsverzoek moet indienen. Dat is zinloze werkverschaffing.

29. Hof Den Bosch 24 maart 2010, LJN BL9119.

30. Zie ook nr. 2.11 van de conclusie, waarin A-G Wuisman een – niet door de Hoge Raad overgenomen – mogelijkheid voorstelt om te ontsnappen aan het rechtsgevolg van vernietiging van de uitspraak van de rechtbank.

31. HR 5 november 2010, LJN BN8060.

32. Hof Den Bosch 10 mei 2011, LJN BQ4341.

33. Zie de conclusie van de A-G voor HR 15 april 2010, LJN BM8083.

34. Hof Den Bosch 22 september 2010, LJN BN8026.

35. Hof Den Bosch 5 juli 2011, LJN BR5926.

Tienjaarstermijn van art. 288 lid 2 onder d Fw

Op grond van artikel 288 lid 2 onder d Fw wordt een verzoek om toepassing van de schuldsaneringsregeling afgewezen indien minder dan tien jaar voorafgaande aan de dag waarop het verzoekschrift is ingediend ten aanzien van de schuldenaar de schuldsaneringsregeling van toepassing is geweest. Er bestaan drie uitzonderingen op de regel: als de eerdere schuldsanering is beëindigd omdat de schuldenaar de vorderingen ten aanzien waarvan de schuldsaneringsregeling werkte, had voldaan, als hij weer kon voortgaan met betalen of als hij bovenmatige schulden had doen of laten ontstaan om redenen die hem niet waren toe te rekenen.

In HR 12 juni 2009, LJN BH7357 beslist de Hoge Raad dat, behoudens de drie uitzonderingsgevallen, geen ruimte bestaat voor toepassing van de schuldsanering binnen de tienjaarstermijn. Hij overweegt hiertoe dat de wetgever recentelijk en welbewust ervoor heeft gekozen om de grond, die voor de wetwijziging een facultatieve was, tot een imperatieve te maken en dat de wetgever zich moet hebben gerealiseerd dat ook een schuldenaar die te goeder trouw is geweest bij het ontstaan of onbetaald laten van de nieuwe schulden niet binnen de tienjaarstermijn zou worden toegelaten. A-G Huydecoper pleit in zijn conclusie voor uitzonderingen op de regel van art. 288 lid 2 onder d Fw. Hij meent dat de bepaling niet een van die hoogst uitzonderlijke gevallen is waarin geen ruimte bestaat om, ter voorkoming van een uiterst onbevredigende uitkomst, een uitzondering te aanvaarden. De Hoge Raad wil echter niet weten van ruimte voor uitzonderingen, omdat dit afbreuk zou doen aan het doel dat de wetgever probeerde te bereiken met de bepaling: door strenge toelatingseisen het toenemende beroep op de schuldsaneringsregeling beheersen.³⁶ Een gemiste kans. Hierdoor zal de lagere rechter zelfs in de meest schrijnende gevallen zich gedwongen achten om toelating tot de schuldsanering te weigeren en een uiterst onrechtvaardig oordeel moeten vellen.

Samenloop faillissement-schuldsanering

Termijn van art. 3 Fw

De wetgever heeft met het opnemen van de schuldsaneringsregeling het aantal faillissementen van natuurlijke personen willen terugdringen. Art. 3 Fw geeft uitdrukking aan deze doelstelling door te bepalen dat, als een verzoek tot faillietverklaring wordt ingediend tegen een natuurlijke persoon en deze persoon niet zelf een verzoek tot toepassing van een schuldsanering heeft ingediend, de griffier de schuldenaar een brief stuurt met de mededeling dat de schuldenaar binnen veertien dagen na verzending van de brief een schuldsanering kan verzoeken (art. 3 lid 1 Fw). De brief moet aangetekend, met bericht van ontvangst, worden verzonden.³⁷ De termijn van veertien dagen is geen fatale termijn, zo beslist de Hoge Raad in HR 29 januari 2010, LJN BK4947. De natuurlijke persoon kan verzoeken om een schuldsanering zolang de behandeling van het faillissementsverzoek niet is gesloten. Dit houdt in dat

een schuldsanering ook in hoger beroep kan worden gevraagd, na een afwijzing van het faillissementsverzoek in eerste aanleg. Zodra echter het faillissement is uitgesproken, kan de schuldenaar – ook als hij hoger beroep tegen de faillietverklaring heeft ingesteld – slechts omzetting op de voet van art. 15b Fw verzoeken.

Mr. E.F. Groot

36. Vgl. de MvT, Kamerstukken II 2004/05, 29 942, nr. 3, p. 4-5.

37. HR 12 oktober 2007, NJ 2007, 662.