

Noot bij

Hoge Raad 17 april 2009, LJN BH2958, 08/04310
Trefwoorden: niet-ontvankelijkheid bewindvoerder, gesloten stelsel van rechtsmiddelen, faillissement na wsnp
Artikelen: 350 lid 5, 351 en 360 Fw.

### **Feiten en beslissing**

Op 2 oktober 2007 heeft de rechtbank Groningen ten aanzien van de schuldenaar X de definitieve toepassing van de schuldsaneringsregeling uitgesproken en daarbij een bewindvoerder benoemd.

De rechter-commissaris heeft, naar aanleiding van een tweede verslag van de bewindvoerder, de rechtbank voorgedragen de schuldsaneringsregeling (tussentijds) te beëindigen.

De rechtbank heeft bij vonnis van 18 juli 2008 de schuldsaneringsregeling beëindigd en daarbij verstaan dat, zodra de uitspraak onherroepelijk zal zijn geworden, de schuldenaar in staat van faillissement verkeert.

Tegen dit vonnis heeft X hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Leeuwarden. Bij arrest van 2 oktober 2008 heeft het hof het vonnis waarvan beroep bekrachtigd voor zover daarbij de toepassing van de schuldsaneringsregeling is beëindigd, en dat vonnis vernietigd voor zover daarbij is verstaan dat X, zodra de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan, in staat van faillissement verkeert en een rechter-commissaris is benoemd en een curator aangesteld.

Tegen het arrest van het hof heeft de bewindvoerder beroep in cassatie ingesteld. De Hoge Raad heeft de bewindvoerder niet-ontvankelijk verklaard en als volgt geoordeeld: Het vonnis van de rechtbank is een vonnis als bedoeld in art. 350 Fw. Ingevolge art. 351 lid 1 Fw. heeft van een dergelijk vonnis, in geval van beëindiging van de toepassing van de schuldsaneringsregeling, de schuldenaar recht van hoger beroep.

Ingevolge lid 5 kan de bij het in hoger beroep uitgesproken arrest van het gerechtshof in het ongelijk gestelde partij in cassatie komen. Deze bepalingen maken deel uit van titel III van de Faillissementswet.

Ingevolge art. 360 Fw. staat tegen de beslissingen van de rechter, ingevolge de bepalingen van die titel gegeven, geen hogere voorziening open, behalve in de gevallen, waarin het tegendeel is bepaald, en

behoudens de mogelijkheid van cassatie in het belang der wet. Waar noch art. 351 Fw. noch enige andere bepaling aan de bewindvoerder het recht toekent om beroep in cassatie in te stellen tegen het arrest van het hof, kan de bewindvoerder niet in zijn beroep worden ontvangen. Anders dan de bewindvoerder betoogt, kan hij aan art. 426 Rv. geen recht op het instellen van cassatieberoep ontleen, nu uit art. 360 Fw. volgt dat die bepaling te dezen toepassing mist.

## **Toelichting**

### *R-C verzoekt tussentijdse beëindiging*

De schuldenaar in deze zaak was in oktober 2007 tot de schuldsaneringsregeling toegelaten. In het tweede verslag meldde de bewindvoerder dat X zijn verplichtingen niet nakwam, waarna de rechter-commissaris de rechtbank vroeg deze schuldsaneringsregeling tussentijds te beëindigen. Op grond van artikel 350 Fw. kan zo'n tussentijdse beëindiging niet alleen door de rechter-commissaris maar ook door de bewindvoerder, een schuldeiser en (zelfs) door de schuldenaar in gang worden gezet. Bovendien kan de rechtbank ook ambtshalve tot tussentijdse beëindiging overgaan. In de praktijk zal dat laatste vrijwel niet voorkomen omdat de rechtbank de gang van zaken in een schuldsaneringsregeling niet volgt. Ook een verzoek tot tussentijdse beëindiging door een schuldeiser komt vrijwel niet voor nu hij zich daarvoor op grond van art. 361 Fw. moet voorzien van een advocaat.

### *Faillissement mits baten beschikbaar*

Bij vonnis van de rechtbank 18 juli 2008 werd de schuldsaneringsregeling inderdaad tussentijds beëindigd. Daarbij werd 'verstaan' dat X van rechtswege in staat van faillissement kwam te verkeren als dat vonnis onherroepelijk zou worden. Vòòr 1 januari 2008 gold dat elke tussentijdse beëindiging tot een faillissement leidde. Zo'n faillissement had echter geen enkele zin als er geen boedel was of actief dat nog te gelde kon worden gemaakt. Daarom geldt per 1 januari 2008 dat er alleen sprake is van een faillissement als er '*baten beschikbaar zijn om daaruit vorderingen geheel of gedeeltelijk te voldoen*'. Dit betekent dat niet elke tussentijds te beëindigen schuldsaneringsregeling met boedelactief in een faillissement wordt omgezet. Het moet immers om zodanige baten gaan dat de niet te vermijden faillissementskosten daaruit voldaan kunnen worden. Dat heeft binnen Recofa weer geleid tot de vraag waar die grens gesteld moet worden, waarbij mede bedacht moet worden dat zeer kleine bedragen (tot € 500,00) onderhands kunnen uitgedeeld. Zie verder richtlijn 5.2 en 5.4 van de dit jaar (wederom) vernieuwde Recofa-richtlijnen voor schuldsaneringsregelingen.

### *Gesloten stelsel van rechtsmiddelen*

In dit geval verschilden rechtbank en hof niet van mening over de vraag of tussentijds beëindigd moest worden, maar wel over de vraag of sprake was van een faillissement van rechtswege. De rechtbank vond van wel en het hof van niet. De bewindvoerder was het niet eens met deze laatste beslissing en stelde beroep in cassatie in. Volgens de bewindvoerder waren – zo valt uit de conclusie van de advocaat-generaal af te leiden - er nog openstaande debiteuren (ad € 5.500,-) en was er inventaris verdwenen. De bewindvoerder beseftte dat hem het recht om in cassatie te gaan niet was gegeven op grond van de Faillissementswet en zocht de oplossing in een beroep op art. 426 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Die bepaling heeft betrekking op verzoekschriftenprocedures en bepaalt dat degene die in een van de vorige instanties is verschenen tegen beschikking beroep in cassatie kan instellen. Die vlieger ging niet op. De Hoge Raad houdt vast aan het gesloten stelsel van rechtsmiddelen, zoals dat in art. 360 Fw. is neergelegd. De Hoge Raad verklaart de bewindvoerder niet-ontvankelijk. Het beroep op de toepasselijkheid van genoemde bepaling van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is minder vreemd dan het lijkt. De Hoge Raad heeft immers meermalen (HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 68 en HR 11 april 2008, NJ 2008, 221) bepalingen uit titel 3 van het eerste boek van genoemde wet overeenkomstig toegepast in verzoekschriftprocedures op grond van de Faillissementswet,<sup>1</sup> terwijl in art. 362 lid 2 Fw. is bepaald dat dat onderdeel van dat wetboek – dat gaat over de verzoekschriftenprocedure in eerste aanleg - niet van toepassing is op verzoekschriften op grond van de Faillissementswet. In die gevallen ging het bijvoorbeeld over de mogelijkheid om een proceskostenveroordeling uit te spreken. Dat is van een andere orde dan de vraag wie het recht heeft een rechtsmiddel in te stellen tegen een beslissing op grond van de Faillissementswet, zodat begrijpelijk is dat de Hoge Raad tot een niet-ontvankelijk verklaring komt.<sup>2</sup> Had de bewindvoerder dit kunnen voorkomen door zelf om tussentijds beëindiging te vragen? Het is duidelijk dat hij in hoger beroep had gekund als de rechtbank dit verzoek had afgewezen. Daarvoor had hij dan ook geen advocaat nodig. Zie ook Hof Arnhem 9 oktober 2000, LJN AF0538. Indien de rechtbank, zoals in dit geval, het verzoek toewijst, maar het hof dit verzoek in appel afwijst, lijkt mij dat de bewindvoerder beroep in cassatie kan instellen<sup>3</sup> omdat hij als de in het

---

<sup>1</sup> T&C Insolventierecht 6<sup>e</sup> druk, commentaar bij art. 362

<sup>2</sup> Zie ook jurisprudentie van de gerechtshoven met betrekking tot de vraag of hoger beroep van niet-ontvankelijk verklaring ex art. 287 lid 2 Fw. mogelijk is, onder meer Hof Amsterdam 27 maart 2008, LJN BC8595.

<sup>3</sup> Zie ook HR 26 juni 2009, LJN: BI3456, waaruit valt af te leiden dat een voormalig bewindvoerder als 'belanghebbende' om ontneming van de schone lei kan vragen.

ongelijk gestelde partij moet worden beschouwd, zij het dat dit arrest daarover geen uitsluitel geeft. (Ik ken ook geen andere uitspaken van de Hoge Raad waarbij de bewindvoerder verzoeker in cassatie was.) In dit specifieke geval gaat het echter om de vraag of er met de tussentijdse beëindiging van de schuldsaneringsregeling sprake is van een faillissement van rechtswege. Als de bewindvoerder niet alleen vraagt om een tussentijdse beëindiging, maar uitdrukkelijk stelt dat bij toewijzing van dat verzoek sprake is van een faillissement van rechtswege, dan is de vraag of die bewindvoerder als in het ongelijk gestelde partij beschouwd moet worden. Hier wreekt zich dat artikel 350 lid 5 Fw. enerzijds wel spreekt over een faillissement dat van rechtswege volgt op een beslissing tot tussentijdse beëindiging, maar anderzijds die beslissing toch afhankelijk maakt van een rechterlijk oordeel – een inschatting – van het boedelactief. Tegen die achtergrond is, hoewel dus sprake is van een gevolg van ‘rechtswege’, verdedigbaar dat de bewindvoerder in het geschetste geval wel als de in het ongelijk gestelde partij in de zin van art. 351 Fw. wordt beschouwd. Deze uitspraak geeft op die specifieke vraag echter geen antwoord.