

OVER DE SYSTEMATIEK VAN DE ART. 25 TOT EN MET 32 FAILLISSEMENTSWET IN GEVAL VAN HOGER BEROEP

Appelleren en failleren

MR. DRS. K.P. HOOGENBOEZEM EN MR. A.C.A.D. BAKKER

De wijze waarop een faillissement aanhangige procedures beïnvloedt, is uitgewerkt in de art. 25 tot en met 32 Fw. Deze artikelen zijn geschreven met het oog op de procedure in eerste instantie. In geval van hoger beroep kunnen zich daarom situaties voordoen die niet goed in de wettelijke regeling zijn in te passen.¹ In de gepubliceerde jurisprudentie is slechts een beperkt aantal zaken bekend waarin deze aspecten aan de orde komen. Deze bijdrage brengt een aantal complicaties in kaart.

1. Wetgeschiedenis

Tot de invoering van de Faillissementswet in 1893 was er slechts één wettelijke bepaling die betrekking had op procedures die op het moment van faillietverklaring aanhangig zijn. Dit betrof art. 813 van het Wetboek van Koophandel waar eenvoudig werd bepaald:

'Rechtsvorderingen, waarbij belangen van den boedel betrokken zijn, worden aangelegd of voortgezet door of tegen de curators.'

Bij gebreke van enige toelichting of nadere uitwerking leidde voormelde bepaling tot veel verwarring. Zo zouden twee burgerlijke kamers bij de rechtbank te Amsterdam bij de toepassing van het artikel jarenlang onderling strijdige vonnissen hebben gewezen. De ene kamer stakte elke aanhangige procedure, terwijl de andere kamer de procedures liet doorlopen.²

Bij het ontwerp van de Faillissementswet was de wetgever zich ervan bewust dat met de voormelde bepaling niet kon worden volstaan:

*'De regeling van den invloed der faillietverklaring op aanhangige processen, waarin de schuldenaar hetzij als eischer, hetzij als gedaagde betrokken is, behoort tot de lastigste vraagstukken welke eene goede faillietenwet heeft op te lossen.'*³

De wetgever heeft vervolgens een achttal artikelen ontworpen waarin het volgende wordt bepaald:

- art. 25: vorderingen *van* de failliet alsmede niet-verifieerbare vorderingen⁴ *op* de failliet worden door respectievelijk tegen de curator ingesteld;
- art. 26: verifieerbare vorderingen *op* de failliet dienen te worden ingesteld door aanmelding ter verificatie;
- art. 27: procedures waarbij de eisende partij failleert (vorderingen *van* de failliet), worden op verzoek van gedaagde geschorst en blijven geschorst – waarna ontslag van instantie kan plaatsvinden – tenzij de curator de procedure overneemt óf de procedure door failliet buiten bezwaar van de boedel wordt voortgezet;
- art. 28: procedures waarbij de gedaagde partij failleert en sprake is van een niet verifieerbare vordering (niet verifieerbare vorderingen *op* de failliet) worden op verzoek van eiser geschorst en hetzij door de curator voortgezet hetzij door failliet buiten bezwaar van de boedel;
- art. 29: procedures waarbij de gedaagde partij failleert en sprake is van een verifieerbare vordering (verifieerbare vorderingen *op* de failliet) worden geschorst en alleen voortgezet bij betwisting ter verificatievergadering door de curator of een schuldeiser;
- art. 30: de art. 27 tot en met 29 zijn niet van toepassing op procedures die voor vonnis of arrest staan;
- art. 31: de curator of/een schuldeiser(s) kunnen de nietigheid inroepen van door de failliet vóór datum

1 Desalniettemin heeft de Commissie Voorontwerp Insolventiewet de bepalingen, behoudens enkele uitzonderingen, in stand gelaten (Giacometti-Vermeer en Ynzonides, 'Het voorontwerp Insolventiewet bezien vanuit procesrechtelijk oogpunt', *Tvl* 2008, 10).

2 Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, heruitgave *Van der Feltz I*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1994, p. 365.

3 Van der Feltz I, a.w., p. 365.

4 Hierbij kan worden gedacht aan een vordering tot ontbinding van een overeenkomst, inzage administratie, ontruiming, revindicatie of tot uit-oefening van het recht van reclame. Een hieraan gekoppelde vordering tot schadevergoeding dient echter weer wel ter verificatie te worden aangemeld (*Van der Feltz I*, a.w., p. 368 en bijv. *HR* 20 december 1974, *NJ* 1975, 230 en *Hof's-Gravenhage* 25 september 2007, «*JOR*» 2007/287 m.nt. W.J.M. van Andel).

- faillissement verrichte proceshandelingen voor zover de failliet hiermee bewust zijn schuldeisers heeft benadeeld en dit bij de wederpartij bekend was;⁵
- art. 32: de art. 27 tot en met 31 zijn van overeenkomstige toepassing op liquidatieprocedures buiten Nederland.⁶

De Tweede Kamer heeft de regering in overweging gegeven of het niet verstandiger zou zijn om in art. 27, 28 en 29 Fw

toegewezen, zal de rechter tevens de termijn bepalen waarbinnen de curator tot overneming van de procedure dient te worden opgeroepen. Een schorsing werkt niet terug tot datum faillissement, maar gaat pas in op het moment dat de rechter het schorsingsverzoek toewijst.¹⁰

Bij vorderingen van de failliet geldt dat indien de curator van eiseres binnen de daartoe gestelde termijn geen gevolg geeft aan de oproeping tot overname van de procedure, gedaagde (i) ontslag van instantie kan vragen of (ii) de procedure buiten bezwaar van de boedel kan voortzetten (art. 27 lid 2 Fw). De rechter kan het verzoek tot ontslag van instantie afwijzen indien toewijzing in strijd zou zijn met de eisen van goede procesorde. Volgens Hof Amsterdam kan hiervan sprake zijn, indien partijen over en weer vorderingen (in conventie en reconventie) hebben ingesteld en die vorderingen zodanig met elkaar zijn verweven dat de band tussen beide vorderingen niet zonder noodzaak dient te worden verbroken.¹¹ De curator heeft bovendien de mogelijkheid beroep in te stellen tegen het verval van instantie.¹² Wordt de curator in het geheel niet opgeroepen, dan kan de curator altijd op eigen initiatief de procedure overnemen (art. 27 lid 3 Fw). Voortzetting van de procedure buiten bezwaar van de boedel houdt in dat de (proces)kosten van de voortzetting van de procedure – in beginsel – niet op de boedel kunnen worden verhaald. De boedel is uiteraard wel gewoon aan de uitspraak gebonden.

Ook bij niet verifieerbare vorderingen op de failliet is het uitgangspunt dat de curator wordt opgeroepen (art. 28 lid 1 Fw). Indien de curator van gedaagde na oproeping door de wederpartij van failliet niet in het geding verschijnt, dan kan de procedure tegen failliet worden voortgezet. In dat geval is art. 25 lid 2 Fw, waarin is bepaald dat een veroordeling van de failliet die het gevolg is van een tegen de failliet voortgezette procedure geen rechtskracht heeft tegen de boedel, niet van toepassing (art. 28 lid 4 Fw). Net als in geval van art. 27 lid 3 Fw, is de curator bevoegd de procedure ook zonder oproeping over te nemen, ook al is dit in art. 28 Fw niet uitdrukkelijk bepaald.¹³

In het verlengde daarvan merkte de Eerste Kamer op:

Het staat vast (...) dat in [art. 27 tot en met 29 Fw] 'eischer' en 'gedaagde' moet gelezen worden naar den regel 'eens eischer, blijft eischer', schoon dan ook geïntimeerde of verweerde.⁸

In deze bijdrage concentreren de auteurs zich in het bijzonder op de art. 27 tot en met 29 Fw.

2. Art. 27 Fw en art. 28 Fw

In grote lijnen komen de gevolgen van een faillissement in de art. 27 Fw (vorderingen van de failliet) en 28 Fw (niet verifieerbare vorderingen op de failliet) met elkaar overeen. Uitgangspunt bij zowel art. 27 Fw, als bij art. 28 Fw, is dat de curator door de wederpartij wordt opgeroepen en vervolgens wordt doorgeprocedeerd.

Met ingang van datum faillissement is de wederpartij van de failliet bevoegd de behandelend rechter om schorsing van een aanhangige procedure te verzoeken (art. 27 lid 1 en 28 lid 1 Fw).⁹ Indien het verzoek tot schorsing wordt

3. Art. 29 Fw

Aanhangige procedures waarin voldoening van een verbintenis uit de boedel wordt gevorderd, worden na faillietverklaring op de voet van art. 29 Fw van rechtswege ('automatisch') geschorst.¹⁴ Proceshandelingen die na schorsing worden verricht, zijn nietig.¹⁵ Anders dan

5 Hierbij kan worden gedacht aan erkentenis van schuld tegen beter weten in en afstand doen van excepties, zoals verjaring, zonder enig redelijk motief (Van der Feltz I a.w. p. 391).

6 Voor de praktische uitwerking van dit artikel wordt verwezen naar Veder, 'Aanhangige rechtsvorderingen en grensoverschrijdende insolventies', «FIP» 2010/2, p. 135 e.v.; Van Hooff, 'De gevolgen van buitenlandse insolventieprocedures voor in Nederland aanhangige rechtsvorderingen', *Tv/* 2010/20, p. 135 e.v.; Wessels, 'Grensoverschrijdende insolventie en aanhangige rechtsvorderingen', «FIP» 2010/2, p. 50 e.v.).

7 Van der Feltz I, a.w., p. 379.

8 Van der Feltz I, a.w., p. 381.

9 Art. 125 lid 1 Rv bepaalt dat een procedure vanaf de dag der dagvaar-

ding als aanhangig dient te worden beschouwd. Om de status van aanhangig te behouden, dient de dagvaarding uiteraard wel tijdig ter rolle te worden ingeschreven.

10 HR 11 december 2009, *NJ* 2010, 581.

11 Gerechtshof Amsterdam 16 november 2010, LJN BO4429.

12 HR 11 januari 2002, *NJ* 2003, 311 (Mr. Kuperus c.s./De Vries).

13 Van der Feltz I, a.w., p. 379.

14 HR 9 september 1994, *NJ* 1995, 5 (Latham/The Mill Resort).

15 Rb. Amsterdam 7 oktober 2009, «JOR» 2010/207.

bij de art. 27 en 28 Fw is het uitgangspunt van art. 29 Fw dat juist *niet* wordt voortgeprocedeerd. Het geding wordt uitsluitend voortgezet indien de (verificatie van de) vordering wordt betwist. Degene die de vordering betwist, wordt dan in plaats van gefailleerde partij in het geding. Betwisting door failliet zelf (ex art. 126 Fw) kan er echter niet toe leiden dat de procedure op de voet van art. 29 Fw wordt voortgezet.¹⁶

4. Faillissement vóór uitbrengen appeldagvaarding

Indien faillietverklaring hangende de appeltermijn plaatsvindt en de appeldagvaarding nog niet is uitgebracht, doet zich een bijzondere situatie voor. De Hoge Raad heeft ten aanzien van een procedure die betrekking had op een verifieerbare vordering op de failliet bepaald dat art. 29 Fw toepassing mist, omdat op datum faillissement geen procedure aanhangig was.¹⁷ De Hoge Raad oordeelt vervolgens dat hoger beroep door of tegen de curator moet worden ingesteld en de procedure niet is geschorst. Dit oordeel lijkt in strijd met het systeem van de wet.¹⁸ Op grond van het systeem van de wet zou men veronderstellen dat indien is vastgesteld dat op datum faillissement één procedure aanhangig is, art. 26 Fw toepassing vindt en de vordering uitsluitend ter verificatie kan worden ingediend. Binnen het systeem van de wet valt ook te pleiten voor de stelling dat wél een procedure aanhangig was en dat deze van rechtswege was geschorst (art. 29 Fw). Dit is het uitgangspunt dat A-G Wuisman in diens conclusie hanteert. De A-G is van mening dat het hof de curator die van het vonnis in eerste aanleg in appel was gegaan, niet ontvankelijk had dienen te verklaren omdat de appelpoedure was geschorst.

De Hoge Raad oordeelt echter onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie¹⁹ dat geen procedure aanhangig was. Vanwege dat uitgangspunt hangt het oordeel van de Hoge Raad dat de procedure kan worden voortgezet wellicht – hij overweegt dat niet met zoveel woorden – samen met de omstandigheid dat de appeltermijn niet is geschorst. Bij gebreke van een mogelijkheid voor de curator om in appel te komen, zou het vonnis om die reden in kracht van gewijsde zijn gegaan, waarmee de vordering van eiser in eerste aanleg in het faillissement zou zijn erkend. Het oordeel van de Hoge Raad heeft echter verderstrekkende gevolgen dan het redresseren van dit euvel. De procedure kan immers tot in hoogste instantie worden voortgezet zonder dat ook maar een verificatievergadering heeft plaatsgevonden.

Het feit dat in de visie van de Hoge Raad in dit geval

geen sprake is van een aanhangige procedure betekent dat in voorkomende gevallen ook de art. 27 en 28 Fw toepassing missen en zonder meer kan worden voortgeprocedeerd.

Het voorgaande geldt evenzeer indien de procedure in eerste aanleg vóór faillissement nog niet is afgerond, maar wel voor vonnis staat (art. 30 Fw). Na het wijzen van het vonnis kan in appel worden voortgeprocedeerd door of tegen de curator.

Ten gevolge van de beslissing van de Hoge Raad staan de andere crediteuren van de failliet overigens niet geheel buiten spel. De crediteuren kunnen zich aan de zijde van de curator voegen, nadat zij de in het geding zijnde vordering tijdens de verificatievergadering hebben betwist.²⁰ Een formele verwijzing door de rechter-commissaris hoeft in dit geval niet plaats te vinden. Voeging lijkt echter niet in alle gevallen effectief. Denkbaar is dat de appelpoedure zich ten tijde van de verificatievergadering al in een dermate vergevorderd stadium bevindt dat voegende schuldeisers (vrijwel) geen invloed meer kunnen uitoefenen op de

Indien faillietverklaring hangende de appeltermijn plaatsvindt en de appeldagvaarding nog niet is uitgebracht, doet zich een bijzondere situatie voor

appelpoedure. Verstijlen meent daarom dat de voegende schuldeiser (voor zover de procedure nog niet tot een einde is gekomen) niet gebonden zou moeten zijn aan de door de curator verrichte proceshandelingen. Verstijlen oppert zelfs dat aan schuldeisers de mogelijkheid zou moeten worden geboden om zich reeds vóór de verificatievergadering te voegen in de door de curator ingestelde appelpoedure zodat zij hun standpunten effectief kenbaar kunnen maken.²¹ Indien het ernst is met de betwisting door medecrediteuren verdient de opvatting van Verstijlen bijval. In het feit dat een schuldeiser zich wenst te voegen schuilt immers een betwisting van de aanhangige vordering. Deze constructie biedt echter geen oplossing voor het geval de curator de appel- of cassatietermijn ongebruikt laat verstrijken. In dat geval loopt er geen procedure waarin de betwistende crediteur zich zou kunnen voegen.

5. Complicaties bij toepassing van de art. 27, 28 en 29 Fw in hoger beroep

Het wettelijk systeem geldt ook in hoger beroep. Veelal is de toepassing eenduidig. Net als in eerste aanleg is art. 27 Fw van toepassing indien de oorspronkelijk eiser failleert. Indien de oorspronkelijk gedaagde hangende het hoger beroep failleert en sprake is van een niet verifieerbare vordering, dan is art. 28 Fw van toepassing. Is sprake van een verifieerbare maar nog niet geëxecuteerde vordering

¹⁶ Hof Amsterdam 22 juni 1932, W 12 524, NJ 1933, 138.

¹⁷ HR 16 januari 2009, NJ 2009, 55 (Wertenbroek q.q./Erven Van Vlerken).

¹⁸ Zie ook Rumora-Scheltema, 'Faillietverklaring tijdens een beroepstermijn', BJB 2009/22.

¹⁹ HR 9 september 1994, NJ 1995, 5.

²⁰ HR 23 september 2011, NJ 2012, 376 m.nt. F.M.J. Verstijlen.

²¹ Noot F.M.J. Verstijlen onder HR 23 september 2011, NJ 2012, 376.

dan is art. 29 Fw van toepassing, zodat de procedure in appel van rechtswege is geschorst.

Complicaties doen zich echter voor indien de vordering in eerste aanleg is toegewezen, het vonnis uitvoerbaar bij

'dat immers, nu reeds vóór de faillietverklaring aan de door de Rechtbank uitgesproken veroordeeling was voldaan, bij gegrondbevinding der ingestelde rechtsvordering slechts zou komen vast te staan, dat reeds vóór de faillietverklaring rechtsgeldig betaling had plaats gehad, waardoor tevens uitgesloten zou zijn, dat te dier zake nog van verhaal op de boedels der gefailleerden sprake zou kunnen zijn;

dat de verificatie beoogt vast te stellen de vorderingen, welke voor verhaal op het onder het faillissement vallende vermogen in aanmerking komen, zoodat weinig aannemelijk is, dat de wet bij de regeling van art. 29 op het oog zou hebben gehad eene vordering, die niet tot zoodanig verhaal kan leiden, daargelaten nog dat art. 29 geen gelegenheid biedt den schuldeischer, die bij gebrek aan belang zijne vordering niet ter verificatie indient, tot voortzetting van het geding nopen;

dat op deze gronden moet worden aangenomen, dat de onderhavige rechtsvordering viel onder de regeling van art. 28 en niet, zoals het Hof van oordeel was, onder die van art. 29.'

In het voorbeeld is eiser dan ook bevoegd om schorsing te verzoeken en de curator in het geding te roepen. Eiser zal hier bij gebreke van enig belang (zijn vordering is immers volledig voldaan) waarschijnlijk niet toe overgaan. De curator van gedaagde is echter – ook al bepaalt art. 28 Fw dit niet uitdrukkelijk – bevoegd de procedure ook zonder oproeping door eiser over te nemen indien hij van mening is dat de vordering van eiser in eerste aanleg ten onrechte is toegewezen.²³

Gedeeltelijke executie van een toegewezen verifieerbare vordering op de latere failliet

In het vorige voorbeeld slaagde eiser erin zijn volledige vordering vóór het faillissement van gedaagde te incasseren. Wat nu indien eiser er slechts in slaagt een deel van zijn vordering te executeren? Het antwoord lijkt te moeten zijn dat in dat geval nog altijd sprake is van een vordering tot voldoening van een verbintenis door de boedel (namelijk voor het niet geïncasseerde gedeelte van de vordering). Dat zou betekenen dat het hiervoor besproken arrest van de Hoge Raad van 28 oktober 1926 toepassing mist. Na gedeeltelijke executie is immers nog altijd sprake van verhaal op de boedel, zij het voor een lager bedrag dan in het toewijzend vonnis staat vermeld, en heeft de crediteur (eiser) nog altijd belang bij het indienen van zijn vordering. Bij gedeeltelijke executie is de procedure derhalve van rechtswege geschorst conform de hoofdregel van art. 29 Fw. Dit lijkt ook de lijn te zijn die rolraadsheren in de praktijk volgen.

De verhouding tussen de oorspronkelijke vordering van eiser en het geïncasseerde bedrag speelt bij het voorgaande geen rol. De procedure is ook van rechtswege geschorst indien eiser ten gevolge van de getroffen executiemaatregelen op zijn vordering van € 100.000 reeds een bedrag van € 99.000 heeft ontvangen.

Executie van een toegewezen verifieerbare vordering op de latere failliet

Eerst de situatie dat de oorspronkelijke eiser er hangende het hoger beroep in slaagt het gehele door de latere failliet verschuldigde bedrag – vóór datum faillissement – te incasseren. Hier is het uitgangspunt dat de vordering betreft een vordering *op* de failliet en betrekking heeft op voldoening van een verbintenis uit de boedel. Op basis van die uitgangspunten zou art. 29 Fw van toepassing zijn. Toepasselijkheid van art. 29 Fw zou echter leiden tot een onbevredigend resultaat. Ingevolge art. 29 Fw is de procedure van rechtswege geschorst en zou eiser zijn vordering op gedaagde ter verificatie moeten indienen, waarna de procedure uitsluitend bij betwisting wordt voortgezet. Feit is evenwel dat eiser niet beschikt over een vordering die zich leent voor indiening of verificatie, aangezien deze vordering uit de executieopbrengst is voldaan. De geschorste procedure zou dientengevolge nimmer (in het betreffende faillissement) kunnen worden hervat. De Hoge Raad oordeelde om die reden reeds in 1926 dat in dergelijke gevallen art. 28 Fw van toepassing is:²²

22 HR 28 oktober 1926, NJ 1926, p. 1387, W 11 588.

23 Zie hiervoor hoofdstuk 2.

Voor de curator van gedaagde kan dit systeem vervelend uitpakken indien hij ‘zijn’ kansen in hoger beroep positief inschat. De curator vindt dan immers dat de vordering ten onrechte is toegewezen en geëxecuteerd. In het beste geval moet de curator een periode wachten en kan hij de procedure in hoger beroep voortzetten na het plaatsvinden van de verificatievergadering. Indien, zoals in de regel het geval is, geen verificatievergadering plaatsvindt, zal de curator er nimmer in slagen het vonnis in eerste aanleg te vernietigen en wordt het moeilijk de executie ongedaan te maken.

Maar ook in het geval dat wel een verificatievergadering plaatsvindt, kunnen de curator en/of overige crediteuren buitenspel worden gezet. De oorspronkelijke eiser heeft er namelijk belang bij om zijn restantvordering van € 1.000 niet ter verificatie aan te melden, zodat ook betwisting daarvan niet kan plaatsvinden.²⁴ Indien de uitkering aan de overige crediteuren bijvoorbeeld 50% betreft, dan is de oorspronkelijke eiser ten opzichte van de overige crediteuren bevoordeeld. Hij ontving immers een uitkering van 99% (€ 99.000) op een ook nog eens door de curator betwiste vordering.

Het gegeven dat de ‘oorspronkelijke partijen’ na opheffing van het faillissement de rechter kunnen verzoeken om de schorsing vervallen te verklaren indien geen verificatievergadering heeft plaatsgevonden²⁵ of de vordering niet ter verificatie is ingediend en het faillissement bij gebrek aan baten is opgeheven²⁶, biedt voor deze problematiek geen oplossing. De curator en de door hem bestierde boedel staan hier immers buiten.²⁷

Men zou zich kunnen afvragen of het mogelijk is om de procedure te splitsen in een procedure die betrekking heeft op het reeds geëxecuteerde gedeelte van de vordering (waarover op de voet van art. 28 Fw en het arrest van de Hoge Raad van 28 oktober 1926 zou kunnen worden voortgeprobeerd) én een procedure die betrekking heeft op het niet geëxecuteerde gedeelte van de vordering (die

van rechtswege zou zijn geschorst). Uitgangspunt is dat splitsing in afzonderlijke procedures niet mogelijk is ten aanzien van één vordering.²⁸ Dat is ook niet vreemd, omdat gesplitste procedures die betrekking hebben op één en dezelfde vordering zouden kunnen leiden tot tegenstrijdige rechterlijke uitspraken over identieke rechtsvragen, hetgeen onwenselijk is. De vraag is echter of dit bezwaar in de hier geschetste casus opgedoed doet. Indien de appelleprocedure ten aanzien van het geïncasseerde bedrag op de voet van art. 28 Fw zou worden voortgezet, krijgt men immers een oordeel van het bevoegde hof omrent de merites van de zaak. Indien de geschorste procedure ten aanzien van het niet geëxecuteerde deel van de vordering na de verificatievergadering bij hetzelfde hof wordt voortgezet, staat de uitkomst vast. De kans op tegenstrijdige uitkomsten lijkt daarmee in de praktijk erg klein. Het zal in de praktijk echter niet eenvoudig zijn een (rol)raadsheer in deze constructie te overtuigen, zodat het ervoor moet worden gehouden dat de gehele procedure is en blijft geschorst.

Executie en vordering tot ongedaanmaking

In de hiervoor behandelde voorbeelden was het uitgangspunt dat in appel uitsluitend vernietiging van het vonnis in eerste aanleg werd gevorderd. Indien het vonnis hangende het hoger beroep volledig of deels is geëxecuteerd, leidt vernietiging van het vonnis tot een vordering tot

Maar ook in het geval dat wel een verificatievergadering plaatsvindt, kunnen de curator en/of overige crediteuren buitenspel worden gezet

ongedaanmaking van de executie. Deze vordering tot ongedaanmaking vertaalt zich in een vordering op grond van onverschuldigde betaling.²⁹ In beginsel dient appellant voor het incasseren van deze vordering wegens onverschuldigde betaling een tweede procedure in te stellen. Een tweede procedure kan echter worden voorkomen indien appellant reeds in het appel, naast vernietiging van het vonnis, een vordering tot terugbetaling van het geëxecuteerde bedrag instelt:³⁰

‘Het strookt met de eisen van een goede rechtspleging de mogelijkheid aan te nemen dat in hoger beroep met het oog op het verkrijgen van een executoriale titel aan de vordering tot vernietiging van het bestreden vonnis een vordering tot ongedaanmaking van de ingevolge dat vonnis verrichte prestatie wordt verbonden (vgl. HR 20 maart 1913, NJ 1913, blz. 636).’

Wat nu indien gedaagde niet alleen vernietiging van het

24 In de rechtsliteratuur is weinig geschreven over de bevoegdheid van een curator om een vordering tegen de wil van de betrokken crediteur op de lijst van crediteuren te plaatsen. In de meeste gevallen zal een crediteur er immers geen bezwaar tegen hebben dat de curator uit eigen beweging overgaat tot plaatsing op de lijst. In dit artikel gaan wij ervan uit dat de curator niet bevoegd is een niet (formeel) ingediende vordering op de lijst te plaatsen, althans is gehouden een vordering van die lijst te verwijderen op verzoek van de betreffende crediteur.

25 Hof Arnhem 9 mei 1978, NJ 1979, 423 alsook Rb. Dordrecht 26 februari 1997, «JOR» 1997, 37 (m.n.t. CSJK).

26 Hof Amsterdam 5 maart 1987, NJ 1988, 494.

27 Deze gang van zaken zal zich met name voordoen bij een faillissement van een natuurlijke persoon, maar toepassing bij rechtspersonen is niet uitgesloten. Ondanks het feit dat een rechtspersoon bij opheffing van het faillissement bij gebrek aan baten ophoudt te bestaan (art. 2:19 lid 4 BW), blijft de rechtspersoon na ontbinding voortbestaan indien sprake is van baten (bijv. een eventuele (tegen)vordering van de rechtspersoon), voor zover dit in het kader van de vereffening is vereist (art. 2:19 lid 5 BW). In dat geval is volgens lagere rechtspraak voortzetting van de procedure na opheffing van het faillissement mogelijk.

28 Wel kan bijvoorbeeld de kantonrechter op grond van art. 94 lid 2 Rv in een procedure waarin zowel een aardvordering als een geldvordering met een beloop van minimaal € 25.000 is ingesteld, bepalen dat de geldvordering – bij gebrek aan voldoende samenhang met de aardvordering – in een afzonderlijke procedure bij de rechtkantoor wordt behandeld.

29 HR 19 februari 1999, NJ 1999, 367.

30 HR 30 januari 2004, NJ 2005, 246 (m.n.t. H.J. Snijders).

vonnis *a quo* zou hebben gevorderd, maar tevens een vordering tot ongedaanmaking zou hebben ingesteld? Twee mogelijkheden dringen zich op.

In de eerste plaats kan worden teruggegrepen op de stelregel ‘Eens eiser, blijft eiser’. In dat geval zou slechts dienen te worden vastgesteld dat de vordering in eerste aanleg een verifieerbare vordering *op* de failliet betrof, zodat art. 29 Fw van toepassing is, de ‘nieuwe’ vordering tot ongedaanmaking in hoger beroep niet relevant is en de gehele procedure is geschorst.

Deze benadering doet echter geen recht aan de feiten. De in hoger beroep ingestelde vordering tot terugbetaling is immers een vordering die in eerste aanleg niet aan de orde was. Geconcludeerd zou kunnen worden dat daarmee de stelregel ‘Eens eiser, blijft eiser’ (m.a.w. het hoger beroep is voortzetting van procedure in eerste aanleg) niet van toepassing is. Dat betekent dat ten aanzien van de vordering tot terugbetaling afzonderlijk dient te worden vastgesteld welk artikel van toepassing is (te weten art. 27 Fw betreffende vorderingen *van* de failliet).

Volledige executie na toewijzend vonnis en vordering tot ongedaanmaking

Indien eiser zijn vordering op gedaagde (de latere failliet) volledig heeft kunnen incasseren, lijkt een vordering tot ongedaanmaking van gedaagde in appel tot weinig praktische complicaties te leiden. Op de door failliet ingestelde vordering tot vernietiging van het toewijzend vonnis is conform het arrest uit 1926 art. 28 Fw van toepassing. Op de door failliet ingestelde vordering tot terugbetaling van het door de wederpartij geëxecuteerde bedrag is art. 27 Fw van toepassing. Zodoende kan de curator voor wat betreft beide vorderingen in het geding worden betrokken en ter zake beide vorderingen worden voortgeproceerd.

Gedeeltelijke executie na toewijzend vonnis en vordering tot ongedaanmaking

In geval van een door eiser *gedeeltelijk* geïncasseerde vordering op de latere failliet is (nog altijd) sprake van een vordering op failliet en zal de procedure in hoger beroep van rechtswege zijn geschorst (art. 29 Fw). Ter zake de vordering van failliet tot terugbetaling zou de procedure in theorie kunnen worden voortgezet (art. 27 Fw). De vordering tot terugbetaling is echter afhankelijk van de vernietiging van het vonnis in eerste aanleg en kan dus uitsluitend worden toegewezen, indien tot vernietiging wordt overgegaan. De vordering tot vernietiging is evenwel geschorst en bij het uitblijven van verificatie zal nimmer aan de voorwaarde voor toewijzing van de vordering tot terugbetaling worden voldaan.

Denkbaar is dat de curator de procedure ter zake vordering tot terugbetaling op de voet van art. 27 Fw voortzet. Deze procedure kan evenwel slechts tot een voorwaardelijk

arrest leiden (voor onvoorwaardelijke toewijzing van de vordering tot ongedaanmaking is immers vernietiging van het vonnis in eerste aanleg vereist), maar het hof kan in de overwegingen zijn standpunt ten aanzien van de gevorderde vernietiging van het vonnis in eerste aanleg laten blijken.

Eiser gaat na executie in appel failliet

Indien de rollen zijn omgedraaid en eiser failliet gaat nadat deze een vordering op gedaagde volledig heeft kunnen incasseren, zal op de vordering tot vernietiging art. 27 Fw van toepassing zijn (het betreft in eerste aanleg een vordering *van* de failliet) en op de vordering tot terugbetaling art. 29 Fw (een vordering te voldoen uit de boedel). Aan de behandeling van de vordering tot terugbetaling wordt echter pas toegekomen zodra een verificatievergadering heeft plaatsgevonden.

6. Conclusie

De art. 25 tot en met 32 Fw regelen de invloed van faillietverklaring op aanhangige procedures.

Opvallend is dat deze artikelen niet van toepassing zijn in geval de curator hetzij een rechtsmiddel aanwendt tegen een uitspraak die kort *vóór* de faillietverklaring is gedaan, hetzij een rechtsmiddel aanwendt tegen een uitspraak die ten tijde van het faillissement voor vonnis stond. Deze procedures worden ‘gewoon’ voortgezet.

Complicaties ontstaan, indien het vonnis in eerste aanleg uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, geheel of gedeeltelijk wordt geëxecuteerd en de partij ten laste waarvan het vonnis is geëxecuteerd (de oorspronkelijk gedaagde) hangende het hoger beroep failleert. Voor het geval de toegewezen vordering geheel is voldaan uit de executie, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de procedure niet van rechtswege is geschorst (art. 29 Fw), maar kan worden voortgezet (art. 28 Fw). Is de vordering echter slechts gedeeltelijk uit de executie voldaan (ook al is dat een heel groot gedeelte) dan is art. 29 Fw van toepassing en is de procedure van rechtswege geschorst. Voortzetting van de procedure door de curator en/of een schuldeiser zal in dat geval uitsluitend plaatsvinden, indien de oorspronkelijke eiser zijn restant-vordering indient én een verificatievergadering plaatsvindt.

Indien in hoger beroep naast vernietiging van het vonnis tevens ongedaanmaking van de tenuitvoerlegging van het vonnis wordt gevorderd, is een vordering tot terugbetaling een afzonderlijke vordering waarvoor afzonderlijk dient te worden vastgesteld wat de invloed is van het faillissement van de oorspronkelijk gedaagde. De vordering tot ongedaanmaking kan evenwel uitsluitend voorwaardelijk worden toegewezen.

Indien, kortom, de vordering in eerste aanleg slechts deels uit de executie is voldaan, zal in veel faillissementen niet aan de gevorderde vernietiging worden toegekomen en deelt

een al dan niet ingestelde vordering tot ongedaanmaking dit lot. De curator die meent dat ‘zijn’ failliet ten onrechte is uitgewonnen, zal in dat geval een zware kluif hebben aan het ongedaan maken van die uitwinning.

Over de auteurs

Mr. drs. K.P. Hoogenboezem en mr. A.C.A.D. Bakker zijn advocaat bij Boekel De Nerée N.V. te Amsterdam. De auteurs danken mr. J.J. Knol voor zijn commentaar op een eerdere versie.