

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/33279> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Engberts, Berend Johannes

Title: Voorlopige voorzieningen en dwangregeling in het schuldsaneringsrecht

Issue Date: 2015-06-09

2 | Burgerlijk procesrecht en insolventieprocesrecht

2.1 Inleiding

De voorlopige voorzieningen en dwangregeling van art. 287 lid 4, 287a en 287b zijn verzoekschriftprocedures. Deze procedures zijn slechts in beperkte mate beschreven in de Faillissementswet. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bevat een uitgebreide regeling voor verzoekschriftprocedures. Maar art. 362 lid 2 bepaalt dat '[d]e derde titel van het eerste boek van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering niet van toepassing [is] op verzoeken ingevolge deze wet.'

In dit hoofdstuk wordt eerst nagegaan waarom het procesrecht in de Faillissementswet tot het terrein van het burgerlijk procesrecht gerekend kan worden en wat de aard en functies zijn van burgerlijk procesrecht (par. 2.2). Tevens wordt aandacht besteed aan enkele recente ontwikkelingen. Daarna worden de (hoofd)beginselen van het burgerlijk procesrecht beschreven (par. 2.3.). Er wordt een beschrijving gegeven van de verzoekschriftprocedure (titel 3), de voorlopigevoorzieningenprocedures en van de provisionele vordering/voorziening in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (par. 2.4). Deze beschrijving is nodig omdat de te onderzoeken drie artikelen verzoekschriftprocedures alsook verzoeken tot het treffen van voorlopige voorzieningen (art. 287 lid 4 en 287b) zijn. Bij de beschrijving van de drie wetsartikelen zullen nadere vergelijkingen met de regelingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering worden getrokken. Tevens wordt aandacht besteed aan het met art. 287b vergelijkbare art. 5 Wet Gemeentelijke Schuldhulpverlening dat een breed moratorium in het minnelijke traject mogelijk maakt, maar nog niet is ingevoerd.

Vervolgens zal in par. 2.5 worden onderzocht wat de verhouding is tussen insolventieprocesrecht en burgerlijk procesrecht; en wat de specifieke uitgangspunten en bijzondere kenmerken van het insolventieprocesrecht zijn (samen genomen ook: het systeem en de aard)."

Daarbij komt de vraag aan de orde waarom titel 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering niet van toepassing is op procedures ingevolge de Faillissementswet. Vervolgens wordt in beeld gebracht welke gevolgen de geïsoleerde plaats van het insolventieprocesrecht heeft in de rechtspraak en de rechtswetenschap.

Het hoofdstuk sluit af met een samenvattende beschrijving van het systeem en de aard van insolventieprocesrecht (par. 2.5.11) en een procedureel kader van waaruit de drie te onderzoeken procedures worden gezien (par. 2.6).

2.2 Burgerlijk procesrecht: aard, functies en ontwikkeling

2.2.1 De aard van het burgerlijk procesrecht

Burgerlijk procesrecht wordt omschreven als het geheel van voorschriften waarin geregeld wordt op welke wijze burgerlijke wetten – dat wil zeggen de daaruit voortvloeiende burgerlijke rechtsbetrekkingen – worden geregeld, gehandhaafd en geldend gemaakt.¹ Het burgerlijk procesrecht verschaft de middelen tot handhaving en verwezenlijking van burgerlijke rechten met behulp van overheidsorganen.² Zo behoort bijvoorbeeld het executierecht tot het terrein van het burgerlijk procesrecht.

Insolventierecht wordt beschouwd als verlengstuk van het executierecht. Het faillissement en de schuldsaneringsregeling zijn immers een algemeen beslag op het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de schuldeisers, met als doel het te gelde maken en verdelen van zijn vermogen onder diens schuldeisers.³ Procesrechtelijke bepalingen in de Faillissementswet kunnen reeds daarom tot het terrein van het burgerlijk procesrecht gerekend worden. Daarnaast kan gezegd worden dat het insolventieprocesrecht regelt op welke wijze een insolventieprocedure wordt geopend en, indien deze is geopend, op welke wijze deze wordt afgewikkeld. Daaronder zijn (ook) de rechten begrepen die betrokken ‘partijen’ (zoals schuldenaar, schuldeiser en curator of bewindvoerder) hebben. Aldus regelt het procesrecht in de Faillissementswet (eveneens) hoe uit burgerlijke wetten voortvloeiende burgerlijke rechten worden geregeld, gehandhaafd en geldend gemaakt.

Burgerlijk procesrecht wordt formeel recht genoemd omdat het (in beginsel) niet de inhoud van rechten en verplichtingen regelt maar (vooral) de vorm en wijze waarop men deze rechten en verplichtingen kan verwezenlijken. Deze term valt wellicht terug te voeren op het gegeven dat vaste vormen en termijnen onmisbaar zijn in elke vorm van procesrecht.⁴ Ze dienen om een eerlijke rechtsstrijd te waarborgen en zijn nodig om te voorkomen dat een partij door de ander wordt overrompeld, om een regelmatige afwikkeling van het geding te bevorderen en rechterlijke willekeur te beteugelen.⁵ Het formele karakter van het burgerlijk procesrecht komt tot uitdrukking in de gedachte dat aan een civiele- en insolventieprocedure zodanige belangen zijn verbonden dat deze de belangen van de procespartijen overstijgen.⁶ Zo is er het belang dat de uitspraak beantwoordt aan de regels die worden gevonden in het burgerlijk recht en het belang van de rechtszekerheid, waaronder begrepen het belang dat de rechterlijke uitspraken (tot op zekere hoogte) voorspelbaar zijn. Het burgerlijk procesrecht regelt niet alleen de privaatrechtelijke verhouding tussen, maar ook de verhouding tussen partijen en de rechter. Laatstgenoemde verhouding is van

1 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo & Bart, p. 75 (*Kamerstukken II*, 2000/01, 27 824, nr. 3).

2 Star Busmann/Rutten & Ariëns 1972, nr. 8, Wesseling-van Gent, diss. 1987, p. 107 en Knigge 1998, p. 7.

3 Molengraaff 1898, p. 40.

4 Van Boneval Faure 1893, p. 5 e.v.

5 Star Busmann/Rutten & Ariëns 1972, nr. 19.

6 Van Boneval Faure 1893, p. 7: de voorschriften van rechtspleging zijn uit hun aard voorschriften of bepalingen van openbare orde. Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011/p. 3.

publiekrechtelijke aard.⁷ De Nederlandse staat stelt immers een voorziening (burgerlijke- of insolventieprocedure) ter beschikking aan de burger. Met deze voorziening kan een beslissing in een civiele zaak of insolventieprocedure worden verkregen, waarvan de naleving kan worden afgedwongen bij een bevoegd orgaan (de rechter).

Het burgerlijk recht wordt – als het ware tegenover het burgerlijk procesrecht – als materieel recht aangemerkt omdat dit de rechten en plichten van rechtssubjecten regelt. De heersende gedachte is dat het burgerlijk procesrecht in dienst staat van het burgerlijk recht.⁸ Het burgerlijk procesrecht wordt daarom als een onzelfstandig rechtsgebied beschouwd.⁹ Tegenwoordig wordt meer de nadruk gelegd op de dynamische en wederkerige verhouding tussen het burgerlijk procesrecht en (materieel) burgerlijk recht. Zo wordt de processuele positie van een partij die bijvoorbeeld is belast met een civielrechtelijke mededelingsplicht verzaard met een stelplecht of bewijslast ter zake van de nakoming van die mededelingsplicht.¹⁰ Het burgerlijk procesrecht (het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) kent tevens materiële bepalingen, zoals de bepalingen omtrent proceskostenveroordeling ten laste van verliezers van een procedure (art. 237, 238 en 289 Rv) of de bepalingen over het opleggen van een dwangsom (art. 611a Rv e.v. e.v.).

Het burgerlijk procesrecht ziet volgens enkele schrijvers niet alleen op het voeren van gerechtelijke processen. Zij menen dat de fase voorafgaand aan een procedure (de voorfase) er eveneens onder valt.¹¹ De gedachte is dat partijen, zodra zij in een geschil met elkaar raken of betrokken zijn, rekening dienen te houden met elkaars belangen met het oog op de beëindiging van hun geschil.¹² Deze voorfase dient er mede toe om partijen elkaar zo snel en volledig mogelijk te laten informeren over hun standpunt en de feiten waarop dat berust, teneinde de feitelijke grondslag van het geschil zo snel mogelijk duidelijk te krijgen. De voorfase vormt (ook) ter zake van art. 287 lid 4-, 287b- en 287a-verzoeken een relevante uitbreiding van onderzoeksterrein. De voorfase is bij art. 287a van belang omdat daarin het aanbod voor een minnelijke schuldregeling wordt voorbereid en uitgebracht. Bijzonder is dat deze voorfase samenvalt met de voorfase die voor toelating tot een schuldsaneringsregeling in de wet verplicht is gesteld: het minnelijke traject genaamd. Als voorwaarde voor toelating tot de schuldsaneringsregeling heeft de wetgever immers als eis gesteld dat een verklaring wordt overgelegd inhoudende dat er geen reële mogelijkheden zijn om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen (art. 285 lid 1 onder f). In art. 288 lid 2 onder b wordt bovendien de eis gesteld dat ‘de poging’ tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen moet zijn uitgevoerd door de in

7 De Groot, diss. 2008, p. 34, onder verwijzing naar Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 2 en Asser, Groen & Vranken 2003, p. 43.

8 Asser, Groen & Vranken 2003, p. 33 en Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 42.

9 Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011/p.11.

10 Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011/p. 11 en Asser, Groen & Vranken 2003 p. 265. Zie Hugenhotz/Heemskerk 2012, p. 1 over deze verhouding.

11 Asser, Groen & Vranken 2003, hoofdstuk 7 en Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 2. Ook Smits noemt de (buitengerechtelijke) voorfase. Hij wijst onder meer op het verplichte vooroverleg ex art. 6:240 lid 4 BW en 3:305a lid 2 BW.

12 Hierop is kritiek gekomen, zie H.J. Snijders, ‘They have a dream...een fundamenteel nieuw wetboek van rechtspleging’, *NJB* 2003, p. 1696 e.v.

art. 48 lid 1 van de Wet op het consumentenkrediet (Wck) genoemde persoon of instelling.¹³

Bij 287 lid 4- en 287b-verzoeken is de voorfase in die zin van belang dat partijen geacht worden elkaar te informeren over te nemen stappen. Bovendien kan vanuit een ander perspectief worden gezegd dat een 287b-verzoek op de voorfase als zodanig betrekking heeft.

Bij de art. 287b kan tevens sprake zijn van een 'nafase'. Want na toewijzing van een 287b-verzoek zal het zogeheten minnelijk traject moeten worden opgepakt of voortgezet.

2.2.2 *De functies van het burgerlijk procesrecht*

Burgerlijk procesrecht vervult een aantal functies.¹⁴ In de literatuur worden verschillende indelingen gehanteerd. Snijders, Klaassen en Meijer noemen de volgende functies:¹⁵

a. Rechtsverschaffing

Dit is de belangrijkste functie. Het burgerlijk procesrecht maakt het mogelijk het objectieve recht te handhaven. Het objectieve recht is het geheel van rechtsregels zoals die voortvloeien uit wetgeving, rechtspraak en gewoonten. Het procesrecht heeft invloed op de subjectieve rechten van rechtssubjecten (natuurlijke en rechtspersonen). Het procesrecht verschaft de middelen voor het vaststellen, tot stand brengen, wijzigen, beëindigen en effectueren van privaatrechtelijke rechten en verplichtingen.¹⁶

b. Dreiging die van mogelijke toepassing uitgaat

De mogelijkheid van een procedure of executiemaatregel fungeert als de spreekwoordelijke stok achter de deur. De praktijk laat zien dat mensen soms pas onder dreiging van een procedure of beslaglegging bereid zijn hun verplichtingen jegens een ander na te komen. Deze betekenis moet niet worden onderschat.¹⁷ Overigens is niet denkbeeldig dat deze bedreiging ertoe leidt dat men meer krijgt dan waarop men recht heeft.¹⁸ Deze functie is door de wetgever uitdrukkelijk toegedicht aan art. 287a. De dreiging van een 287a-verzoek moet schuldeisers ertoe brengen in te stemmen met een aanbod voor een schuldregeling. Dit wordt de olieplekwerking van art. 287a genoemd.

c. Voorkomen eigenrichting

Eigenrichting is het eigenmachtig, tegen de wil van een rechthebbende, en zonder toepassing van procesrecht, aantasten van rechten. Eigenrichting wordt over het algemeen als ongeoorloofd beschouwd.¹⁹

13 Dit betreft onder meer gemeenten, gemeentelijke kredietbanken, advocaten, deurwaarders en registeraccountants.

14 Met Snijders wordt gekozen voor het begrip functies en niet voor de term doelen. Zie H.J. Snijders, 'They have a dream...een fundamenteel nieuw wetboek van rechtspleging', *NJB* 2003, p. 1698.

15 Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 9.

16 Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 10 en Asser, Groen & Vranken 2003, p. 34.

17 Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 11.

18 Van Schaick 2009, p. 23.

19 Star Busmann/Rutten & Ariëns 1972, nr. 8, Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 12 en Asser, Groen & Vranken 2003, p. 43.

d. Rechtsontwikkelings- en rechtseenheidsfunctie

Het doel van het procesrecht is niet uitsluitend gelegen in de verschaffing van recht in het concrete geval. Rechters die in geschillen beslissen doen soms meer dan het vaststellen (of verzekeren en beschermen) van de individuele rechten. De betekenis van een dergelijke uitspraak kan ook een rechtsvormende waarde hebben. Voor derden bieden deze uitspraken informatie over de vraag hoe over een bepaalde kwestie wordt gedacht.²⁰ Bovendien moet een rechtzoekende erop kunnen vertrouwen dat de rechter consistent is in zijn uitspraken en dat gelijke gevallen gelijk behandeld worden (art. 1 Grondwet). Hiertegenover staat dat de rechter steeds acht moet slaan op de specifieke en vaak bijzondere omstandigheden van het geval, hetgeen voorkomt dat jurisprudentie/rechtspraak verstart.²¹ Dit geldt in het bijzonder voor de hoogste rechtscolleges.

Bij de te onderzoeken drie wetbepalingen zijn deze functies van het burgerlijk procesrecht, met uitzondering van het voorkomen van eigenrichting, aanwijsbaar en relevant. Het voorkomen van eigenrichting speelt bij de art. 287 lid 4, 287a en 287b nagenoeg geen rol omdat het gaat om verzoeken tot beperking van rechten van schuldeisers.

Uit de wetsgeschiedenis van art. 287a blijkt dat de wetgever grote waarde hecht aan de dreiging die van de mogelijke toepassing van art. 287a uitgaat.²² Deze preventieve werking is eveneens zichtbaar bij art. 287 lid 4 en 287b.

2.2.3 *Ontwikkelingen in het burgerlijk procesrecht*

Hoewel de term formeel recht anders doet vermoeden is het burgerlijk procesrecht steeds in ontwikkeling.²³ Het denken over burgerlijk procesrecht is in de afgelopen 200 jaar gedomineerd door de vragen hoe procedures voorkomen kunnen worden en, als het tot een procedure komt, hoe de kosten van procedures kunnen worden verminderd.²⁴ Oplossingen werden aanvankelijk gezocht in het wegnemen van de mogelijkheid van misbruik van wettelijke regels. De druk om te komen tot snellere en efficiëntere procedures verdween daarmee niet. Rechtspraak wordt meer dan voorheen als een kostenpost gezien.²⁵ Daarnaast brengt de toegenomen mondigheid van de rechtzoekende mee dat minder snel genoeg wordt genomen met trage procedures en dat de mondelinge behandeling een belangrijkere plaats in civiele procedures is gaan innemen. Hierdoor heeft de vraag ter discussie gestaan of de rechter een actievere rol moest krijgen ten aanzien van het procesverloop.²⁶ Die gedachte is op sterke weerstanden gestuit. Van oudsher geldt in het burgerlijk recht dat (burgerlijke) rechten en plichten te vrijer bepaling van partijen zijn.²⁷ Dit uitgangspunt heeft de

20 Asser, Groen & Vranken 2003, p. 37 en Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 13.

21 Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 13.

22 *Kamerstukken II* 2004/05, 20 042, nr. 3, p. 16 e.v.

23 Zie hierover tevens Asser *Procesrecht/Van Schaick* 2 2011/p. 2 en 3.

24 Van Rhee 2004, p. 99-135, met uitgebreide bronvermelding. Zie Van der Wiel 2004, p. 61.

25 Illustratief hiervoor is het inmiddels ingetrokken wetsvoorstel tot verhoging van griffierechten: *Kamerstukken II* 2011/2012, 33 071. Zie C.J. van der Wilt, 'De mammon in de rechtszaal. Over het ongewenste effect van productiedruk op de rechterlijke oordeelsvorming', *Trema* 2011, p. 120.

26 De Groot, diss. 2008, p. 43.

27 De Groot, diss. 2008, p. 35.

procesrechtelijke vaststelling van die rechtsbetrekkingen door de overheidsrechter beheerst, met als gevolg dat partijen de aanvang, de inhoud en het verloop van de procedure bepaalden. Onder invloed van de toegenomen kostenbewustheid en burgerlijke mondigheid die zijn genoemd, is hier verandering in gekomen. Heden ten dage is algemeen aanvaard dat de rechter niet slechts lijdelijk behoort te zijn.²⁸ Voor wat betreft het procesverloop lijkt nauwelijks meer sprake van autonomie van partijen.²⁹ De rechter wordt (steeds meer) als procesbewaker gezien.³⁰ Dit is een recente ontwikkeling en wordt de regiefunctie van de rechter genoemd.³¹ De rechter is hierdoor minder magistraat en meer dienstverlener geworden.³² Het karakter van het procesrecht is aldus veranderd. Deze regiefunctie van de rechter is in de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b minder relevant omdat deze procedures naar hun aard spoedeisend zijn en na het indienen van het verzoek enkel bestaan uit de mondelinge behandeling ervan.³³

Een ontwikkeling die niet onbesproken kan blijven en die samenhangt met voornoemde druk om te komen tot snellere en efficiëntere procedures, is die van de deformalisering. Deformalisering wordt verklaard door ‘een afnemend gewicht van de op het algemeen belang georiënteerde rechtszekerheid ten gunste van het meer individueel gerichte belang dat een geschil inhoudelijk wordt beoordeeld’.³⁴ Het kan leiden tot slordig procederen, vertraging en stijgende kosten. Handhaving van de regels van het procesrecht door een formele benadering ervan, blijft daarom (tot op zekere hoogte) nodig.³⁵

In art. 6 EVRM en art. 14 IVBPR is het fundamentele recht op een eerlijk proces neergelegd. Deze bepalingen hebben een niet te onderschatten invloed op het burgerlijk procesrecht gehad. Het zijn belangrijke maatstaven gebleken waarlangs regels van procesrecht zijn gelegd. Zij hebben bewerkstelligd dat civiele procedures tegenwoordig ongeveer langs dezelfde lijnen lopen. In de volgende paragraaf wordt op art. 6 EVRM en het daaruit voortvloeiende recht op hoor en wederhoor ingegaan.

Een leidende gedachte bij het denken over een modern procesrecht is de idee dat het procesrecht partijen moet dwingen om in een zo vroeg mogelijk stadium hun kaarten volledig op tafel te leggen, ter bevordering van een efficiënte en snelle afwikkeling van de procedure.³⁶ Mede daarom is de zogeheten voorfase in beeld gekomen. De wet bepaalt in enkele gevallen uitdrukkelijk dat eerst

28 Dit uit zich met name hierin dat de rechter in eerste aanleg op de comparitie van partijen zelf inlichtingen inwint door, het stellen van vragen aan partijen zelf (en aan hun gemachtigden). Hij beperkt zich daarbij niet tot de door de partijen naar voren gebrachte feiten. De rechter verdiept zich over het algemeen actief in het verhaal van partijen en hij beperkt zich in zijn onderzoek niet tot het vragen naar de (kale) feiten. Hij gaat tevens na of er achterliggende belangen aan de orde zijn (en zo ja, welke dit zijn). Kamerstukken II 1999/2000 26 855, nr. 3 p. 5. Zie voorts onder andere De Bock, diss. 2011, p. 345, Van Schaick 2009, p. 20 e.v. en De Groot, diss. 2008, p. 43.

29 De Groot, diss. 2008, p. 45.

30 Deze laatste gedachte is bepaald niet nieuw. Zij werd reeds tijdens de parlementaire beraadslagingen over het Wetboek van 1838 – in de jaren twintig van de negentiende eeuw – verwoord. Van Rhee 2004, p. 99-125.

31 De Groot, diss. 2008, p. 23 en 42.

32 In die zin ook De Groot 2012, p. 31.

33 Met de toevoeging dat op het 287 lid 4-verzoek soms zelfs wordt beslist zonder oproeping van belanghebbende.

34 Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011/p. 4.

35 Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011/p. 5.

36 Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011/p. 9 en Asser, Groen & Vranken 2003, p. 90.

geprobeerd moet worden om in der minne tot een oplossing te komen.³⁷ In het insolventierecht zelf kan als voorbeeld genoemd worden de in art. 285 lid 1 onder f neergelegde eis dat een verklaring moet worden overgelegd waaruit blijkt dat de schuldenaar eerst heeft onderzocht of een regeling met zijn schuldeisers mogelijk is.

De verplichting om de kaarten in een vroeg stadium op tafel te leggen heeft een zekere formalisering tot gevolg waar het gaat om de vraag of partijen na de mondelinge behandeling van de zaak in de gelegenheid kunnen worden gesteld om (nog) een conclusie of akte te nemen. Ter voorkoming van slordig procederen dient daarbij terughoudendheid te worden betracht. Dat botst met het belang dat recht wordt gedaan op basis van feiten die zich in werkelijkheid hebben voorgedaan.³⁸ Daarmee wordt een actueel thema in het debat over burgerlijk procesrecht aangeraakt: het belang van waarheidsvinding in burgerlijke procedures en de rol van partijen en de rechter daarbij.³⁹ Ten aanzien van de feiten binnen de rechtsstrijd van partijen wordt van de formele of partij-waarheid gesproken. Het zijn immers partijen die de inhoud van de vordering, het verweer en de omvang van het processuele debat bepalen. Alleen de feiten die tussen partijen in geschil zijn, dienen – indien zij van belang zijn voor de beslissing op de vorderingen – opgehelderd te worden. Partijen bepalen aldus welke waarheid in het geschil kan worden gevonden. Voorts is er de constatering dat waarheid interpretatie is.⁴⁰ In een burgerlijk proces dienen stellingen van partijen geïnterpreteerd te worden. Indien het komt tot bewijslevering dienen bewijsmiddelen te worden geïnterpreteerd.⁴¹ Daarmee wordt bedoeld dat de bewijsmaatstaf in burgerlijke procedures vereist dat de rechter een redelijke mate van zekerheid nodig heeft om overtuigd te raken van de waarheid van een door een partij te bewijzen feiten. Hierin komt tot uitdrukking dat waarheidsvinding in het burgerlijk procesrecht geen doel op zich is en dat geen sprake is van waarheidsvinding in natuurwetenschappelijke zin.⁴² Waarheidsvinding in burgerlijke procedures leidt tot relatieve waarheden.

De taak van de rechter bij het vinden van die relatieve waarheid – dit is het meest actuele thema ten aanzien van waarheidsvinding in het procesrecht – is begrensd. Algemeen wordt aangenomen dat de rechter geen waarheidsvinding mag bedrijven buiten de grenzen van het geschil.⁴³ Het debat in de literatuur gaat vooral over de vraag hoe partijautonomie en waarheidsvinding zich tot elkaar verhouden. Waarheidsvinding wordt daarbij gezien in het licht van het maatschappelijk belang dat recht wordt gedaan op basis van feiten die zoveel

37 Bijvoorbeeld het voorgeschreven ouderschapsplan bij echtscheiding, art. 1:247 lid 5 en 247a BW.

38 De Groot, diss. 2008, p. 8 en 20. Zie voor een overzicht en samenvatting van het recente debat H.M. ten Haaf, 'Kroniek dagvaardingsprocedures eerste aanleg', *TCR* 2012, p. 202 e.v.

39 Dit belang van waarheidsvinding is met onder andere de dissertaties van De Groot (2008) en het preadvies van De Bock (2011) op de voorgrond getreden. Zie voorts Asser, Groen & Vranken 2003, p. 80-81, Van Schaik 2009, Lewin 2011, R. Schutgens, 'Onderbelicht: het vaststellen van de feiten', *AA* 2012, nr. 4, p. 246-247 en De Groot 2012.

40 De Groot 2012, p. 4.

41 De Groot 2012, p. 5. Over de meer praktische kant van waarheidsvinding, zie ook: R.W.M. Giard, 'Waarheidsvinding. Hoe de juridische werkelijkheid het methodologische ideaal kan benaderen', *Trema* 2013, p. 89 e.v.

42 De Groot 2012, p. 6.

43 De Groot 2012, p. 10. Het is de rechter zelfs verboden zijn beslissing te baseren op een in het proces gebleken feit, als de desbetreffende partij dat feit niet aan haar vordering of verweer ten grondslag heeft gelegd. Zie nader Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 45.

mogelijk overeenstemmen met de waarheid.⁴⁴ Waarheidsvinding is daarbij een middel om vrijheid en rechtvaardigheid te dienen.⁴⁵ De Groot heeft dit laatste geconcretiseerd in de stelling dat een verantwoord gebruik van door de overheid in stand gehouden rechtspraak niet omvat dat een partij de partijautonomie gebruikt om in rechte een aanspraak te maken en te doen vaststellen die in strijd met de waarheid is.⁴⁶ In dit debat hebben Asser, Groen en Vranken voorgesteld dat de rechter de partijen ambtshalve zou mogen wijzen op de mogelijkheid hun stellingen aan te vullen,⁴⁷ dat hij zo nodig zelf feitelijke gegevens bij derden mag opvragen en derden in het geding mag oproepen.⁴⁸ Maar daar is het niet van gekomen.⁴⁹

De Bock stelt in haar dissertatie voorop dat het partijen zelf zijn die beslissen waarover zij procederen en welke vorderingen zij instellen. Zij geven daarmee aan binnen welke kaders waarheidsvinding plaatsvindt – aldus De Bock.⁵⁰ Binnen deze grenzen dient de rechter zoveel mogelijk de correcte feiten vast te stellen.⁵¹ Indien partijen geen of onvoldoende feiten stellen, ligt het voor de hand dat de rechter partijen daarnaar vraagt.⁵² Partijautonomie is volgens De Bock na aanvang van de procedure geen relevant gezichtspunt meer, tenzij partijen gezamenlijk het geschil aan het rechterlijk oordeel willen onttrekken; wanneer één van hen expliciet te kennen geeft haar vordering uitsluitend op een bepaalde grondslag beoordeeld te willen zien; dan wel wanneer beide partijen uitdrukkelijk willen dat bepaalde feiten niet bij de rechterlijke beoordeling worden betrokken.⁵³ De Bock wijst er daarbij op dat het veelal te wijten is aan onvoldoende kennis of ervaring van de partij of diens gemachtigde/raadsman indien niet alle punten/feiten die voor de vordering van belang zijn aan de rechter worden voorgelegd.

De Groot vindt de opvatting van De Bock problematisch omdat deze de taak van de rechter in de waarheidsvinding al centraal stelt in een fase van de procedure waarin die taak nog is verweven met de partijautonomie. De Groot stelt dat de wereld achter het geschil niet van de rechter is en dat de rechter geen ‘dominus veritatis’ is. Volgens haar ontnemt de rechter procespartijen de vrijheid zelf te bepalen waarover de procedure gaat, – indien de visie van De Bock zou worden gevolgd.⁵⁴

Hoe terecht de kritiek van De Groot ook is, deze neemt niet weg dat feitenonderzoek door middel van gericht partijdebat in de praktijk van de comparitie na antwoord in eerste aanleg gebruikelijk is en, bijvoorbeeld bij een beroep op een open norm als de beperkende werking van redelijkheid en

44 Van Schaick 2009, p. 28-36 en Ingelse 2004 leggen de nadruk op die partijautonomie. Lewin 2011 en De Bock 2011 (o.a. p. 88-91 en 126) leggen meer de nadruk op de taak van de rechter. Zie hierover De Groot 2012, p. 30 en 31.

45 De Groot 2012, p. 6.

46 De Groot 2012, p. 10 en 29.

47 Asser, Groen & Vranken 2003, p. 53.

48 Asser, Groen & Vranken 2003, p. 83 en 91.

49 Van Schaick 2011 p. 9 Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 30 951, nr. 1, p. 10-13. Dit betreft de kabinetsreactie op het eindrapport Fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht.

50 De Bock, diss. 2011, p. 90 en 91.

51 De Bock, diss. 2011, p. 111.

52 De Bock, diss. 2011, p. 112.

53 De Bock, diss. 2011, p. 126.

54 De Groot 2012, p. 31. Zie in die zin bijvoorbeeld Ingelse 2004, p. 49.

billijkheid, onontkoombaar is.⁵⁵ De rechter zal hierbij weliswaar niet ambtshalve op zoek gaan naar niet gestelde, mogelijk relevante feiten (in die zin lijkt De Bock in haar taakopvatting te ver te gaan), maar hij zal wel vragen stellen over het naar voren gebracht feitencomplex, ter invulling van een open norm. Daarbij zullen deze feiten door partijen nader worden toegelicht waarbij – en daar zit de crux – nieuwe, aanpalende feiten aan de orde komen.

De vraag is wat dit debat over waarheidsvinding betekent voor de procedures van de art. 287 lid 4, 287a en 287b. Bij de beoordeling van 287 lid 4- en 287b-verzoeken kan en zal de insolventierechter zich, evenals de voorzieningenrechter (art. 254 Rv), beperken tot een aannemelijkheidsoordeel ten aanzien van de gestelde feiten. Dit zijn immers verzoeken tot het treffen van een voorlopige voorziening. Gegeven het feit dat verzoekers veelal niet worden bijgestaan door juridisch geschoolde hulpverleners en de schuldeisers op wie het verzoek betrekking heeft niet ter zitting verschijnt (zo deze al wordt opgeroepen), is een actieve houding van de rechter ten aanzien van de feiten en omstandigheden voor de hand liggend.

Art. 287a is geen voorlopige voorzieningenprocedure. De feiten vaststellen op klassieke wijze (art. 24, 149 en 150 Rv) ligt dan op het eerste gezicht voor de hand. Daar staat tegenover dat art. 287a wel als een spoedprocedure lijkt te zijn ingericht en dat in het insolventieprocesrecht, voor wat betreft de feiten, sprake is van een aannemelijkheidsoordeel. Daarbij kan van de rechter om eerder genoemde redenen een actieve houding worden verwacht. Hierna zal nader op deze kwestie worden ingaan.

2.3 Algemene beginselen van het burgerlijk procesrecht

2.3.1 *Algemeen*

Algemene beginselen van procesrecht kunnen worden gedefinieerd als geschreven en ongeschreven regels waaraan civiele procedures behoren te voldoen.⁵⁶ Ze worden tevens hoofdbeginselen of fundamentele beginselen van procesrecht genoemd.⁵⁷ Een andere omschrijving is dat het dermate fundamentele beginselen betreft, dat bij het ontbreken daarvan een behoorlijk civiel proces niet gevoerd kan worden of in gevaar wordt gebracht en de procedure niet ten volle aan zijn doel kan beantwoorden.⁵⁸ De traditionele algemene beginselen van het burgerlijk procesrecht, zoals door Van Boneval Faure geïntroduceerd, zijn openbaarheid, lijdelijkheid van de rechter, horen van beide partijen, onderzoek in twee feitelijke instanties, toezicht op de rechtspraak door middel van cassatie, verplichte procesvertegenwoordiging van partijen en niet-kosteloosheid van de

⁵⁵ Lewin 2001, p. 18. Zie verder Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 292 uit de memorie van antwoord bij art. 11 Rv: 'Wel acht ik het van groot belang dat er ruimte blijft voor de ontwikkeling van het feitelijke debat.'

⁵⁶ Wesseling-van Gent, diss. 1987, p. 107, De Groot, diss. 2008, p. 40.

⁵⁷ De Groot 2012, p. 40.

⁵⁸ Hugenholtz/Heemskerk 2012, p. 7.

rechtspraak.⁵⁹ Maar het is niet geheel duidelijk wat precies onder *hoofdbeginsel* wordt verstaan.⁶⁰

In het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn sinds 2002 algemene bepalingen opgenomen die gelden voor alle dagvaardings- en verzoekschrift-procedures op grond van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Het gaat om de volgende regels en beginselen:

- a. dat het beginsel van hoor en wederhoor wordt toegepast (art. 19 Rv),
- b. dat de rechter en partijen onredelijke vertraging moeten voorkomen (art. 20 Rv),
- c. dat partijen verplicht zijn de van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren (art. 21 Rv),⁶¹
- d. dat de rechter partijen kan bevelen stellingen toe te lichten of bepaalde bescheiden over te leggen (art. 22 Rv),
- e. dat de rechter de zaak onderzoekt en beslist op de grondslag van hetgeen partijen aan hun verzoek of verweer ten grondslag hebben gelegd, tenzij uit de wet anders voortvloeit (art. 24 Rv),
- f. dat de rechter ambtshalve rechtsgronden moet aanvullen (art. 25 Rv),
- g. dat terechtzittingen (mondelinge behandelingen) in beginsel openbaar zijn (art. 27 Rv),
- h. dat de beschikking in het openbaar wordt uitgesproken en de gronden bevat waarop zij berust, alsook dat een recht bestaat op afschriften van de beschikking (art. 28 en 30 Rv),
- i. dat beschikkingen verbeterd en/of aangevuld kunnen worden (art. 31 en 32 Rv).

Met uitzondering van wellicht de art. 31 en 32 Rv kunnen deze algemene beginselen als de moderne (hoofd)beginselen van het Nederlandse burgerlijk procesrecht worden beschouwd, met dien verstande dat het beginsel van de onpartijdigheid van de rechter daaraan moet worden toegevoegd.⁶²

Uit deze beginselen kunnen de in par. 2.2 besproken regiefunctie van de rechter, de gelijkwaardigheid en autonomie van partijen en het belang van waarheidsvinding worden afgeleid. De gelijkwaardigheid van partijen komt tot uitdrukking in het beginsel van hoor en wederhoor. Hun autonomie blijkt uit art. 24 Rv, waarin is vastgelegd dat de rechter gebonden is aan de ingestelde vordering en de daaraan ten grondslag gelegde feiten. De rechter voert mede de regie over het procesverloop en moet onredelijke vertraging voorkomen (art. 20 Rv). Deze regiefunctie doet aldus slechts in beperkte mate af aan de gelijkheid

⁵⁹ Van Boneval Faure 1893, p. 107 e.v.

⁶⁰ Wesseling-van Gent, diss. 1987, p. 108.

⁶¹ De zo te noemen 'waarheidsplicht' van art. 21 Rv geldt voor alle in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geregelde procedures, zie HR 25 maart 2011, *LJN* BO9675, *NJ* 2012/627, m.nt. H.J. Snijders. Partijen zijn niet verplicht de 'objectieve' waarheid te spreken. Maar zij mogen geen stellingen betrekken waarvan zij (behoren te) weten dat ze onjuist zijn of stelling bestrijden waarvan ze (behoren te) weten dat ze juist zijn. Het gaat om een geobjectieeerde subjectieve waarheidsplicht, zie Van de Wiel 2004, p. 28 en 29.

⁶² Zie Wesseling-van Gent, diss. 1987, p. 122. Zij noemt: hoor en wederhoor (ook wel het gelijkheidsbeginsel genoemd), onpartijdigheid van de rechter, openbaarheid van behandeling en uitspraak, motivering van de beslissing en beslissing binnen een redelijke termijn. Hugenholtz/Heemskerk 2012 noemt dezelfde beginselen, met dien verstande dat hij in plaats van de redelijke termijn waarbinnen de beslissing wordt genomen het beginsel van partijautonomie noemt (Hugenholtz/Heemskerk 2012, p. 7).

en gelijkwaardigheid van partijen. De bevoegdheid van de rechter om partijen te bevelen stellingen toe te lichten of bepaalde bescheiden over te leggen (art. 22 Rv) kan tevens als invulling van de regiefunctie van de rechter worden gezien. Ook kan hierin het belang dat zoveel mogelijk recht wordt gesproken op basis van ‘de waarheid’ terug worden gezien.

Door Snijders, Klaassen en Meijer wordt uit art. 21 en 22 Rv, art. 3:13 j° 15 BW en 6:162 BW het bestaan van een algemeen zorgvuldigheidsbeginsel afgeleid.⁶³ Dit heeft raakvlakken met begrippen als de goede procesorde en eisen van een behoorlijk procesvoering of processuele goede trouw.⁶⁴ Samen-gevat komt het erop neer dat ook in het procesrecht geldt dat de verhoudingen tussen procespartijen en hun gedragingen worden beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid. Als een rechter een bepaalde (proces)handeling strijdig acht met de redelijkheid en billijkheid (te benoemen als strijdig met de goede procesorde of de eisen van behoorlijke procesvoering), dan kan hij dit oordeel ambtshalve geven.⁶⁵ Zoals Van der Wiel terecht opmerkt lijkt er geen sprake van een beginsel van burgerlijk procesrecht, maar van een in het hele rechtsverkeer geldende, algemene norm.⁶⁶

Het recht op mondelinge hoor en wederhoor wordt in de literatuur eveneens als beginsel van burgerlijk procesrecht genoemd. Volgens Smits vloeit dit recht echter niet voort uit het beginsel van hoor en wederhoor, dan wel uit art. 6 EVRM.⁶⁷ Snijders, Klaassen en Meijer menen eveneens dat dit (nog) niet het geval is.⁶⁸ Andere schrijvers menen dat de mondelinge behandeling van een zaak een verplicht karakter zou moeten krijgen in het burgerlijk procesrecht.⁶⁹ Daarop wordt niet nader ingegaan, omdat de 287 lid 4-, 287a- en 287b-verzoeken steeds mondeling worden behandeld.

Tot slot dient het beginsel dat de rechter zich onafhankelijk van partijen en derden dient op te stellen en partijen onbevooroordeeld en met respect voor hun gelijkwaardigheid tegemoet dient te treden te worden genoemd. Dit beginsel volgt uit de bepalingen omtrent wraking van en verschoning door de rechter in art. 36 Rv e.v.

2.3.2 *Het recht op hoor en wederhoor*

Het beginsel van hoor en wederhoor is het belangrijkste beginsel van het procesrecht en verdient daarom aparte bespreking.⁷⁰ Dit beginsel is van belang voor het onderzoek naar de art. 287 lid 4, 287a en 287b omdat sprake is van spoedprocedures en in 287 lid 4 niet wordt gesproken van het oproepen van

63 Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 30. Zie Van Schaick 2009, p. 19.

64 Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr 54; Lindijer, diss. 2006, p. 525 e.v.

65 Lindijer, diss. 2006, p. 441 en HR 13 november 1998, *NJ* 1999/173.

66 Van der Wiel 2004, p. 195.

67 Smits 2008, p. 113 en Heemskerk in zijn noot onder HR 26 februari 1988, *NJ* 1989/2.

68 Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 33.

69 De Waard, diss. 1987, p. 303; Asser, Groen & Vranken 2003, p. 85 en 150.

70 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 129, Crommelin, diss. 2007, p. 45, De waard, diss. 1987, p. 245. Conclusie AG L. Timmerman voor HR 9 november 2012, *L/N* BX5882.

derden/belanghebbenden. Het beginsel van hoor en wederhoor vindt zijn wortels in het Romeins recht en mogelijk kenden de Grieken het beginsel al.⁷¹

Het beginsel vloeit voort uit art. 6 EVRM waarin is vastgelegd dat een ieder⁷² bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling ('fair (...) hearing') van zijn zaak.⁷³ Vaste rechtspraak van het EHRM is dat een 'fair hearing' het recht op 'adversarial proceeding' omvat. Dit vereist dat de in rechte betrokken partijen kennis kunnen nemen van en zich kunnen uitlaten over alle gegevens en bescheiden die in het geding worden gebracht.⁷⁴

Art. 6 EVRM heeft in Nederland directe werking.⁷⁵ De rechter dient nationale wettelijke bepalingen die onverenigbaar zijn met art. 6 EVRM ambtshalve buiten toepassing te laten.⁷⁶ Voldoet een rechtsingang tot civiele procedures niet aan voorwaarden en vereisten zoals die uit art. 6 EVRM voortvloeien, dan zal de wetgever de bestaande rechtsorde door middel van regelgeving moeten aanpassen.⁷⁷ Hier kan gedacht worden aan art. 287 lid 4 waarin niet is bepaald dat de wederpartij (de schuldeiser tot wie zich het verzoek (als het ware) richt) wordt opgeroepen of anderszins wordt gehoord.

Zoals Smits stelt is het recht op gelijke proceskansen ('equality of arms') en het recht op een deugdelijke motivering van rechterlijke uitspraken nauw aan het recht op hoor en wederhoor verbonden.⁷⁸ Het recht op gelijke proceskansen houdt onder meer in dat partijen gelijkkelijk en in elkaars aanwezigheid worden gehoord. In het kader van dit onderzoek worden deze aspecten eveneens onder het beginsel van hoor en wederhoor geschaard.

Het recht op een eerlijk proces omvat volgens Knigge het recht op toegang tot de rechter, het recht op een eerlijke behandeling en het recht op een beslissing binnen een redelijke termijn.⁷⁹ Deze drie rechten zijn van het recht op een eerlijk proces afgeleid. In dit onderzoek zal aandacht worden besteed aan het recht op

71 Conclusie AG Van Oosten voor HR 17 november 1967, *NJ* 1968/178, m.nt. D.J. Veegens: 'De oorsprong van het 'audiatur et altera pars' schijnt gezocht te moeten worden in het treurspel 'Medea' van Seneca. In het tweede toneel van dit drama wordt Medea door koning Creon veroordeeld tot ballingschap, zonder door deze gehoord te zijn. Medea uit haar ontstemming daarover. Nadat Creon haar heeft toegevoegd: Nu de beslissing is gegeven, komt uw bezwaar te laat (Vox constituto sera decreto venit, 198), zegt Medea: Wie oordeelt zonder een van beide pp gehoord te hebben begaat een onrechtvaardigheid, ook al is zijn oordeel billijk (Qui statuit aliquid parte inaudita altera, Aequum licet statuerit, haud aequus fuit, 199–200).' De annotator bij dit arrest, D.J. Veegens, verwijst naar andere Griekse bronnen: 'Demosthenes heeft ons de eed van de Atheense rechters overgeleverd, toegeschreven aan Solon. Zij zwoeren met evenveel aandacht naar de beschuldigde te zullen luisteren als naar de aanklager. Ook Euripides, Thucydides en Aristophanes maken toespelingen op de regel'.

72 Onder 'een ieder' moeten tevens rechtspersonen worden verstaan. Zie EHRM 22 mei 1990, *NJ* 1991/740, m.nt. EAA; HR 1 juni 1993, *NJ* 1994/52 en voor overige bronnen: Knigge 1998, p. 7.

73 Van Apeldoorn, diss. 2009, p. 99, Smits 2008, p. 102 en EHRM 27 oktober 1993, *NJ* 1994/534, m.nt. EJD/HJS en EHRM 23 oktober 1996 *NJ* 1998/343. Ook in andere internationale verdragen, zoals art. 14 IVBPR en art. 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (een eerlijke behandeling) is dit beginsel terug te vinden. Deze verdragen worden omwille van de omvang van dit onderzoek buiten beschouwing gelaten. Zie nader Smits 2008, p. 95 e.v.

74 Zie onder meer EHRM 18 maart 1997, *NJ* 1998/278, m.nt. H.J. Snijders: '33. The Court notes that one of the elements of a fair hearing within the meaning of Article 6 § 1 is the right to adversarial proceedings; each party must in principle have an opportunity not only to make known any evidence needed for his claims to succeed, but also to have knowledge of and comment on all evidence adduced or observations filed with a view to influencing the court's decision (...)' en EHRM 26 juli 2011, 58222/09 (Juricic/Kroatië), r.o. 73.

75 Smits 2008, p. 27.

76 Knigge 1998, p. 3 en 9.

77 Knigge 1998, p. 3.

78 Smits 2008, p. 102.

79 Knigge 1998, p. 10 e.v..

toegang tot de rechter. Dit recht kan in het gedrang zijn waar geen recht van hoger beroep is opengesteld tegen beslissingen op 287b-verzoeken en betrokken schuldeisers geen verzoeken tot wijziging van voorlopige voorzieningen ex art. 287 lid 4 of 287b kunnen vragen bij de insolventierechter.

Mede door de wijze waarop het EHRM de bepaling uitlegt en toepast is art. 6 EVRM van grote betekenis geworden voor civiele procedures.⁸⁰ Het EHRM hecht blijkens zijn uitspraken grote waarde aan het recht op een eerlijk proces. Dat recht is volgens het EHRM essentieel voor de realisering van een democratische rechtstaat waarvoor vertrouwen van justitiabelen in het goed functioneren van rechtspraak van groot belang is. Dit valt af te leiden uit een uitspraak van het EHRM uit 1997: 'What is particularly at stake here is litigants' confidence in the workings of justice, which is based on, inter alia, the knowledge that they have had the opportunity to express their views on every document in the file.'⁸¹ Dat het stuk, waarover partijen zich niet hebben kunnen uitlaten, (mogelijk) niet van invloed is geweest op de beslissing, is volgens het EHRM daarom van weinig belang. Bij herhaling heeft het EHRM overwogen dat 'the effect [that observations not submitted to a litigant] actually had on the decision is of little consequence.'⁸² Het standpunt dat de rechter zijn oordeel niet heeft gebaseerd op het desbetreffende stuk kan daarom niet afdoen aan de schending van art. 6 lid 1 EVRM.⁸³ Zelfs als dat stuk niet van betekenis is voor de te beslechten punten of, naar het oordeel van de nationale rechter, geen nieuwe feiten of argumenten behelst voor afdoening van de zaak, dienen partijen in de gelegenheid gesteld te worden daarop te reageren. Het is immers vaste rechtspraak dat het niet aan de rechter, maar aan partijen is te beoordelen of het stuk noopt tot een reactie.⁸⁴ De rechter dient erop toe te zien dat partijen de gelegenheid tot hoor en wederhoor krijgen.

Het beginsel van hoor en wederhoor is onder andere terug te vinden in art. 19 Rv dat betrekking heeft op alle procedures waarop het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing is.⁸⁵ De Hoge Raad heeft meermalen geoordeeld dat het beginsel onder meer inhoudt dat partijen over en weer voldoende gelegenheid krijgen hun standpunten naar voren te brengen, kennis te nemen van en zich uit te laten over elkaars standpunten en over alle stellingen en stukken die de rechter aan zijn beoordeling ten grondslag legt.⁸⁶

⁸⁰ Knigge 1998, p. 9.

⁸¹ EHRM 18 februari 1997, *LJN* AD2686, *NJ* 1997/590

⁸² EHRM 18 februari 1997, *LJN* AD2686, *NJ* 1997/590 en EHRM 19 mei 2005, *LJN* AT9129, *NJ* 2006/14.

⁸³ EHRM 19 mei 2005, *LJN* AT9129, *NJ* 2006/14.

⁸⁴ EHRM 18 februari 1997, *LJN* AD2686, *NJ* 1997/590, r.o. 29: 'Nor is the position altered when, in the opinion of the courts concerned, the observations do not present any fact or argument which has not already appeared in the impugned decision. Only the parties to a dispute may properly decide whether this is the case; it is for them to say whether or not a document calls for their comments.' Zie voorts HR 9 november 2012, *LJN* BX5882, *NJ* 2012/637.

⁸⁵ Het belang van het beginsel van hoor en wederhoor blijkt eveneens uit een arrest van de Hoge Raad van 10 november 2000, *LJN* AA8289, *NJ* 2001/301, m.nt. H.J. Snijders. De Hoge Raad achtte het oordeel van het Hof dat een partij die geen grieven heeft ingediend niet bevoegd zou zijn zijn zaak te doen bepleiten in strijd met het in art. 6 EVRM gegeven recht op 'fair hearing'. De appellant moet, aldus de Hoge Raad, de door hem in eerste aanleg aangevoerde stellingen en werken kunnen toelichten, verbeteren en aanvullen. Eerder had de Hoge Raad dit bepaald in een verzoekschriftprocedure (HR 15 maart 1996, *NJ* 1997/341, m.nt. H.J. Snijders).

⁸⁶ Zie onder meer HR 12 mei 1989, *NJ* 1989/647 en HR 31 januari 2003, *LJN* AF0201, *NJ* 2004/48, m.nt. W.D. H. Asser.

Het beginsel van hoor en wederhoor wordt in de literatuur uitgewerkt in een aantal 'subregels'.⁸⁷ De voor dit onderzoek van belang zijnde subregels worden hierna weergegeven en voorzover nodig wordt de betekenis ervan voor de rechter uitgewerkt. Daarbij wordt de chronologie van een rechtszaak gevolgd. Bezien vanuit de positie van partijen bevat het beginsel van hoor en wederhoor de volgende rechten:

a. Het recht informatie te ontvangen dat een procedure van start gaat, wat het onderwerp daarvan is, op welke stellingen de wederpartij zich baseert en welk materiaal deze in de procedure inbrengt.⁸⁸

Smits verstaat hieronder mede het recht op een behoorlijke oproeping. Hij wijst daarbij op de magere wijze van oproeping in verzoekschriftprocedures, te weten per gewone brief, en benadrukt dat deze afsteekt bij de wijze van in kennisstelling in de dagvaardingsprocedure. Dit valt volgens hem in het licht van art. 6 EVRM niet goed te verdedigen.⁸⁹ Knigge wees hier in 1998 reeds op.⁹⁰ In 2011 heeft de Hoge Raad twee arresten gewezen waaruit kan worden afgeleid dat de oproeping in verzoekschriftprocedures in de praktijk tot problemen leidt.⁹¹ In de zaak die tot het arrest uit oktober 2011 leidde, had de griffier van het hof de belanghebbende tweemaal een (aangetekende) brief (eerst met het beroepschrift en daarna de oproeping voor de mondelinge behandeling) aan het verkeerde adres gezonden, terwijl in de beschikking van de rechtbank het juiste adres was vermeld. In de zaak die tot het tweede arrest leidde, waren zes belanghebbenden per gewone brief opgeroepen voor de behandeling van een verzoekschrift in hoger beroep. Vijf van de zes belanghebbenden waren niet verschenen. Het hof had de zaak vervolgens (gewoon) behandeld en beslist. Gelet op het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor dient de rechter volgens de Hoge Raad daar waar sprake is van feiten of omstandigheden op grond waarvan redelijkerwijs twijfel kan bestaan of de oproep door de (in dit geval) belanghebbende is ontvangen, onderzoek naar die ontvangst te doen en, als daartoe aanleiding bestaat, de datum van de mondelinge behandeling te verplaatsen of een nieuwe mondelinge behandeling te bepalen. Van die omstandigheden was sprake, omdat vijf van de zes opgeroepen niet waren verschenen, terwijl een aantal van hen in eerste aanleg wel was verschenen. Het ging bovendien om een ontheffing uit de ouderlijke macht: een diep ingrijpende maatregel. Daar kwam nog bij dat tijdig voor de uitspraak ter kennis van het hof was gebracht dat de oproep niet was ontvangen door de moeder en haar advocaat.

b. Het recht om in te brengen.

c. Het recht om te reageren.

Dit betekent enerzijds dat de rechter slechts rekening mag houden met feiten als partijen voldoende gelegenheid hebben gehad zich daarover uit te laten; en anderzijds dat hij feiten waarover een partij zich niet heeft kunnen uitlaten,

87 Crommelin, diss. 2007, p. 53. Zie tevens De Waard, diss. 1987 p. 245 e.v.

88 De Waard, diss. 1987, p. 248. Dit aspect speelt vooral in het administratief recht, maar is in het kader van dit onderzoek ook van belang.

89 Smits 2008, p. 107.

90 Knigge 1998, p. 265 en 266. Destijds was titel 3 nog niet ingevoerd. De regels omtrent oproeping van belanghebbenden waren neergelegd in het Besluit oproepingen, mededelingen en zendingen verzoekschriftprocedures, dat nadien zonder grote wijzingen in titel 3 is opgenomen, zie Knigge 1998, p. 242.

91 HR 21 oktober 2011, *L/JN* BR3086 en HR 16 november 2011, *L/JN* BX5573.

buiten beschouwing moet laten. De rechter beslist dus alleen aan de hand van stukken waarover partijen zich hebben kunnen uitlaten. Zij moeten de inhoud van die stukken dan tot zich hebben kunnen nemen.⁹² In verzoekschriftprocedures komt het vaak voor dat stukken op de zitting worden ingediend. De rechter mag daarmee wel rekening houden, maar de aard en omvang van die stukken mag geen beletsel vormen voor de andere partijen om daarvan direct kennis te nemen en daarop te reageren. Als dat niet het geval is dan moeten deze stukken buiten beschouwing blijven, of moet de zaak worden aangehouden. Het is mogelijk dat een stuk niet wordt overgelegd maar alleen wordt getoond. De rechter mag daarmee wel rekening houden zolang het stuk zich daar qua aard, en de rol die het in de zaak speelt, voor leent.

d. Het recht om de volledigheid en de juistheid van de gegevens te toetsen.

Dit betekent dat de rechter zijn beslissing alleen mag baseren op feiten waarvan partijen de juistheid hebben kunnen nagaan en die zij ter discussie hebben kunnen stellen.⁹³ Dit geldt onverkort voor zowel dagvaardings- als verzoekschriftprocedures.⁹⁴ Als een stuk buiten de zitting in het geding wordt gebracht zonder dat blijkt dat daarvan afschrift is gegeven aan de wederpartij en de rechter betwijfelt of deze van het in het geding gebrachte stuk kennis heeft, dan rust op de rechter de ambtshalve plicht om de wederpartij ervan op de hoogte te brengen dat het desbetreffende stuk behoort tot de hem overgelegde stukken van het geding, en behoort hij die partij in de gelegenheid te stellen zich desgewenst over dit stuk uit te laten.⁹⁵ Aard en omvang van kort voor de terechtzitting overgelegde stukken mogen voor de andere partij geen beletsel vormen om daarvan binnen de beschikbare tijd kennis te nemen en daarop adequaat te (kunnen) reageren.⁹⁶

e. Het recht om in gelijke mate te worden gehoord.⁹⁷

Het gaat erom dat alle partijen gelijke kansen krijgen om voor hun belangen op te komen.

Uit het beginsel van hoor en wederhoor, noch uit art. 6 EVRM lijkt voort te vloeien dat een recht bestaat op een mondelinge behandeling.⁹⁸ Anderzijds wees reeds Van Boneval Faure (1893) erop dat het hoofdbeginsel van openbaarheid afhankelijk is van de wijze van behandeling van een rechtsgeding en dat dit hoofdbeginsel (daarom) meebrengt dat het (burgerlijk) procesrecht mede berust op een mondelinge behandeling.⁹⁹ Uiteraard geldt dat het partijen vrij staat afstand te doen van de bescherming van het beginsel van hoor en wederhoor.¹⁰⁰ Een partij die niet verschijnt, doet in feite afstand van elk recht gehoord te

92 HR 22 november 1996, *NJ* 1997/204 (m.nt. PAS onder HR 22 november 1996, *NJ* 1997/205) r.o. 3.2.

93 HR 18 februari 1994, *NJ* 1994/742, m.nt. HJS en HR 21 februari 1997, *NJ* 1994/4, m.nt. HJS. Zie voorts art. 24 Rv.

94 Dit is vaste rechtspraak en de heersende opvatting in de literatuur. Zie AG Vranken in zijn conclusie voor HR 12 februari 1993, *NJ* 1993/596. Zie art. 290 voor verzoekschriftprocedures en Smits 2008, p. 117.

95 Zie Smits 2008, p.117 en HR 24 december 1993, *NJ* 1994/194.

96 HR 29 november 2002, *NJ* 2004/172, m.nt. HJS.

97 Crommelin, diss. 2007, p. 51. Dit betreft de uit het in art. 6 EVRM neergelegde recht op 'fair (...) hearing' voortvloeiende 'equality of arms'.

98 Smits 2008, p. 113 en Heemskerk in zijn noot onder HR 26 februari 1988, *NJ* 1989/2. Voorzichtig anders Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 33.

99 Van Boneval Faure 1893, p. 108.

100 HR 12 mei 1989, *NJ* 1989/647.

worden in de instantie waarin hij niet verschijnt. Het kan ook zijn dat hij aangeeft over bepaalde stukken niet gehoord te hoeven worden.¹⁰¹ Het moet daarbij wel volstrekt duidelijk zijn dat een partij afstand doet van zijn recht te worden gehoord.

Het beginsel van hoor en wederhoor geldt niet voor beslissingen van louter administratieve aard, zoals bepaalde rolbeslissingen.¹⁰² Dergelijke beslissingen kan de rechter nemen zonder partijen in de gelegenheid te stellen zich eerst hierover uit te laten.¹⁰³

In de hoofdstukken 3, 4 en 5 wordt de betekenis van het beginsel van hoor en wederhoor voor de drie wetsartikelen nader uitgewerkt.

2.4 Met art. 287 lid 4, 287a en 287b vergelijkbare procedures uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

2.4.1 Inleiding

In deze paragraaf worden enkele met de art. 287 lid 4, 287a en 287b vergelijkbare procedures uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering beschreven. Aspecten die voor het onderzoek niet van belang zijn worden buiten beschouwing gelaten.

2.4.2 De verzoekschriftprocedure (titel 3)

Het Nederlandse burgerlijk procesrecht kent twee basistypes voor procedures: de dagvaardingsprocedure en de verzoekschriftprocedure (titel 3). Een van de bezwaren tegen de verzoekschriftprocedure was dat veel onderwerpen niet of nauwelijks waren geregeld. Met de verzoekschriftprocedure per 1 januari 2002 is echter sprake van een vrij volledige regeling in titel 3. De regeling lijkt op een groot aantal punten op de dagvaardingsprocedure.¹⁰⁴ De voordelen van de verzoekschriftprocedure zijn nog steeds dat de procedure (over het algemeen) sneller verloopt en daarmee goedkoper is, alsook dat deze wat informeler van karakter is. De procedure wordt voorts gekenschetst als eenvoudiger, soepeler, elastischer, vrijer en informeler dan de gewone procedure.¹⁰⁵ Dit is bij de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b eveneens van belang.

Een ander verschil met de dagvaardingsprocedure is dat de rechter bij de verzoekschriftprocedure actiever is dan bij gewone procedures. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de bevoegdheid van de rechter om door hem aangewezen getuigen op te roepen (art. 284 lid 2 Rv) en de bevoegdheid andere dan in het

¹⁰¹ HR 20 november 1996, *NJ* 1997/288, m.nt. P.C.E. van Wijmen, r.o. 3.19 en HR 29 juni 1990, *NJ* 1990/732 r.o. 3.12.

¹⁰² Tegen rolbeschikkingen staat geen rechtsmiddel open. Zie voorts Van Apeldoorn, diss. 2009, p. 85.

¹⁰³ Crommelin, diss. 2007, p. 59. Daarnaast zijn er bijzondere omstandigheden op grond waarvan het niet nodig is partijen te horen. Zie EHRM 23 oktober 1996, *LJN* AD2631, *NJ* 1998/343.

¹⁰⁴ Wet van 6 december 2001, *Stb.* 2001, 580.

¹⁰⁵ Schaafsma-Beverluis, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, Derde titel Rv., aant. 1 en Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 295.

verzoekschrift vermelde belanghebbenden op te roepen (art. 279 lid 1 Rv). Dit verschil is minder groot dan het lijkt, nu de rechter in de dagvaardingsprocedure de voortgang van de procedure dient te bewaken (art. 20 Rv) en steeds meer een regiefunctie heeft gekregen.¹⁰⁶ De actieve rol van de rechter is eveneens zichtbaar in de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b.

Als nadeel kan genoemd worden dat er in de verzoekschriftprocedure geen gelegenheid is voor een schriftelijk debat tussen betrokkenen voordat de rechter van de zaak kennisneemt en dat er tijdens de mondelinge behandeling nog stukken overgelegd kunnen worden. Dit biedt ruimte voor verrassingstactieken.¹⁰⁷

2.4.2.1 HET VERZOEKSCHRIFT, HET VERWEERSCHRIFT EN DE MONDELINGE BEHANDELING

Het verzoekschrift moet het verzoek en de gronden daarvoor bevatten (art. 278 lid 2 Rv). In art. 278 Rv wordt geen melding gemaakt van het overleggen van schriftelijke stukken, maar het ligt voor de hand dat dit kan, ja soms zelfs moet. In art. 21 Rv is immers de plicht opgenomen om de van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren.¹⁰⁸ Tegen die achtergrond geldt dat (met name in contentieuze verzoekschriftprocedures) van een verzoeker mag worden verwacht dat hij de bewijsmiddelen waarover hij kan beschikken en de getuigen die hij kan doen horen ter onderbouwing van zijn stellingen/verweren vermeldt. Aldus wordt in de verzoekschriftprocedure in het schriftelijke debat tijdig tot de kern van de zaak gekomen en zal de mondelinge behandeling effectiever zijn.¹⁰⁹ De inhoud van het verzoekschrift wordt in het KEI-wetsvoorstel geregeld, in art. 278 jo. 30a Rv (nieuw). Art. 30a Rv (nieuw) regelt voor elke procedure hoe het proces wordt ingeleid. Anders dan in de huidige regeling wordt bepaald dat de bekende namen en woonplaats van de belanghebbenden moeten zijn vermeld (art. 30a lid 3 onder b Rv ontwerp), evenals de tegen het verzoek aangevoerde verweren en gronden daarvoor (art. 30a lid 3 onder f Rv ontwerp) en tot slot de bewijsmiddelen waarover de verzoeker beschikt (tot staving van de betwiste gronden van het verzoek) en de getuigen die hij daartoe kan horen (art. 30a lid 3 onder g Rv ontwerp). Stukken dienen in beginsel in de schriftelijke fase overgelegd te worden, opdat de rechter en belanghebbenden daarvan voor de zitting kunnen kennisnemen.¹¹⁰ Dit neemt niet weg dat rekening kan worden gehouden met bij de mondelinge behandeling overgelegde stukken. Hier gelden twee grenzen. Ten eerste mogen aard en omvang voor de andere partij/belanghebbende geen beletsel vormen om van de inhoud kennis te nemen. Ten tweede moet die andere partij/belanghebbende daartoe de gelegenheid krijgen.¹¹¹ Deze

¹⁰⁶ Zie par. 2.2.

¹⁰⁷ C.J.J.C. van Nispen, *'De terloopse hercodificatie van ons burgerlijk procesrecht'*, Deventer: Kluwer 1993, p. 32 en 33.

¹⁰⁸ In de dagvaardingsprocedures geldt de zogeheten bewijsaandragplicht van art. 128 lid 5 Rv (conclusie van antwoord in de dagvaardingsprocedure); deze ligt in het verlengde van genoemd art. 21 Rv.

¹⁰⁹ Zie het Procesreglement verzoekschriftprocedures rechtbanken sector kanton, Stert. 21 december 2012 nr. 26608, art. 1.4.3. Schriftelijke bewijs en andere stukken waarop partijen zich tijdens de mondelinge behandeling willen beroepen moeten zoveel mogelijk vijf werkdagen voor die zitting worden ingediend.

¹¹⁰ HR 27 juni 1997, *NJ* 1998/328, m.nt. HJS.

¹¹¹ HR 4 november 1994, *NJ* 1995/98 en HR 27 juni 1997, *NJ* 1998/38. Zie Crommelin diss. 2007, p. 45 e.v.

regels worden bij de bestudering van de procedures van art. 287 lid, 287a en 287b – in de hoofdstukken 3, 4 en 5 – op hun bruikbaarheid geanalyseerd.

De hoofdregel is dat personen (verzoekers en belanghebbenden) die in de procedure zijn verschenen bij gewone brief worden opgeroepen (art. 271 Rv).¹¹² Belanghebbenden die niet zijn verschenen ontvangen deze oproep per aange-tekende brief (art. 272 Rv). Steeds geldt dat de rechter een andere wijze van oproeping kan bepalen. Oproeping per e-mail of fax is dus mogelijk.¹¹³

In art. 279 lid 2 Rv is bepaald dat oproeping altijd vergezeld gaat van een afschrift van het verzoekschrift, behalve als oproeping niet bij brief of exploit geschiedt, of de rechter anders bepaalt.¹¹⁴

Iedere belanghebbende kan tot de aanvang van de mondelinge behandeling een verweerschrift indienen (art. 282 Rv). Het verweerschrift kan zelfs nog in de loop van die mondelinge behandeling worden ingediend, maar dan is toestemming van de rechter nodig. Het indienen van een verweerschrift is niet verplicht; een belanghebbende kan volstaan met het voeren van mondeling verweer. De verzoeker en andere belanghebbenden krijgen dan van de griffier een afschrift van het verweerschrift.

Voor het verweerschrift gelden dezelfde eisen als voor het verzoekschrift, doordat art. 278 Rv op het verweerschrift van overeenkomstige toepassing is verklaard. Hiervoor is al aangegeven dat, gelet op art. 21 Rv, van verzoeker mag worden verlangd dat hij de bewijsmiddelen waarover hij kan beschikken en de getuigen die hij kan doen horen ter onderbouwing van zijn stellingen vermeldt. In het KEI-wetsvoorstel wordt het verweerschrift niet alleen geregeld in art. 30i Rv (nieuw) maar ook in art. 282 Rv (nieuw), dat verwijst naar onderdelen van art. 30a en 278 Rv (nieuw). In het kader van onderhavig onderzoek is van belang dat het verweerschrift tot tien dagen voor de mondelinge behandeling of later met toestemming van de rechter moet worden ingediend. Als een partij in persoon kan procederen dan kan ook mondeling verweer gevoerd worden. Evenals voor het verzoekschrift (o.g.v. art. 30i lid 6 Rv ontwerp), geldt voor het verweerschrift dat de bewijsmiddelen waarover belanghebbende kan beschikken en de getuigen die hij kan doen horen moeten worden vermeld. Het verweerschrift mag een tegenverzoek bevatten (art. 30i lid 8 Rv ontwerp). Het verzoekschrift wordt, zoals opgemerkt, in beginsel ter zitting behandeld. Deze zitting is in beginsel openbaar. Dit volgt uit het toepasselijke art. 27 Rv. Behandeling ter zitting vindt niet plaats als de rechter zich direct onbevoegd verklaard of het verzoek toewijst (art. 279 lid 1 Rv). Het eerste geval doet zich slechts voor als internationale bevoegdheid ontbreekt en het gaat om een zaak die niet ter vrije bepaling van partijen staat.¹¹⁵

112 Met de term 'in de procedure verschenen' wordt niet alleen een verschijnen ter zitting bedoeld, maar het al dan niet bij gemachtigde indienen van een verweerschrift.

113 Met de invoering van het KEI-wetsvoorstel kan dit ook digitaal, in die zin dat art. 271 Rv (nieuw) stelt dat de rechter nader kan bepalen hoe de oproeping geschiedt.

114 Art. 279 Rv vervalt in het KEI-wetsvoorstel. De (oproeping voor) mondelinge behandeling wordt in art. 30j Rv (nieuw) geregeld. Nieuw is dat een oproeptermijn voor de mondelinge behandeling is bepaald. Deze bedraagt ten minste drie weken, tenzij sprake is van een behandeling in kort geding.

115 *Kamerstukken II* 1999/00, 26 855, nr. 3, p. 153-154 en 156.

Het verhandelde en de zakelijke inhoud van de verklaringen ter zitting worden vastgelegd in een door rechter en griffier te ondertekenen proces-verbaal (art. 279 lid 4 Rv).¹¹⁶

In de verzoekschriftprocedure wordt bij niet-verschijnen van een belanghebbende (of verzoeker) geen verstek verleend.¹¹⁷ De gevolgen van het niet-verschijnen van een partij in een verzoekschriftprocedure zijn moeilijk te duiden. Bij verzoeken aangaande rechtsbetrekkingen die niet te vrijer beschikking staan, wordt door Ynzonides aangenomen dat de rechter bij gebreke van een verweer inhoudelijk zal beoordelen of het verzoek voor toewijzing in aanmerking komt.¹¹⁸ Als het om rechtsbetrekkingen gaat die wel te vrijer beschikking van partijen staan, kan het ontbreken van verweer volgens Ynzonides tot automatische toewijzing van het verzoek leiden. Het is de vraag of dat in de praktijk steeds het geval is, en of dit wel juist is. De rechter heeft in de verzoekschriftprocedure immers over het algemeen een actievere rol. Hij heeft daarom de vrijheid ondanks het ontbreken van verweer een nader onderzoek in te stellen. Overigens mag het ontbreken van verweer er niet toe leiden dat het verzoekschrift niet ter zitting wordt behandeld, omdat belanghebbenden ervoor mogen kiezen pas ter zitting mondeling verweer te voeren.¹¹⁹

De verzoeker en elke belanghebbende hebben op grond van art. 290 lid 1 Rv recht op inzage in en afschrift van het verzoekschrift, de verweerschriften, de processen-verbaal en alle op de zaak betrekking hebbende stukken (art. 290 lid 1 Rv). Het is goed te bedenken dat een belanghebbende dit recht heeft ongeacht of hij is opgeroepen, ter terechtzitting is verschenen en/of een verweerschrift heeft ingediend. Art. 290 Rv komt overeen met art. 429 I lid 1 Rv (oud). Met deze laatste bepaling wilde de wetgever tegemoetkomen aan klachten over het beslissen door de rechter aan de hand van voor belanghebbenden onbekende stukken. In de memorie van toelichting bij dit art. 429k Rv (oud) is het volgende vermeld: ‘Het is een bekende klacht van de praktijk, dat de rechter beslissingen op verzoekschrift kan gronden op bescheiden die aan belanghebbenden onbekend zijn. Een bevredigende oplossing geeft vooropstelling van het beginsel dat iedere belanghebbende recht heeft de processtukken en de overige op de zaak betrekking hebbende bescheiden te kennen en daarvan desverlangd afschrift te verkrijgen; het laatste is vooral in geval van hoger beroep van belang. Weliswaar kan dit beginsel in enkele gevallen niet volkomen worden gehandhaafd, kan het b.v. in voogdijzaken wenselijk zijn de adviezen van de raad voor de kinderscherming niet volledig mede te delen, doch daarin dient een bijzondere wettelijke regeling te voorzien’.¹²⁰

¹¹⁶ Deze bepaling wordt met art. 30n Rv (nieuw) versoepeld. Hierin is bepaald dat proces-verbaal wordt opgemaakt indien de rechter dit ambtshalve, of op verzoek van een partij die daarbij belang heeft, bepaalt of op verzoek van de hogeroprechter of de Hoge Raad. Voorts is nieuw dat art. 30n lid 4 en 7 Rv bepalen dat de verklaring van een partij, getuige of deskundige geheel in het proces-verbaal kan worden opgenomen, respectievelijk dat het proces-verbaal kan worden vervangen door een beeld- of geluidsopname.

¹¹⁷ Bijzonder is (daarom) dat de Faillissementswet wel een verstekregeling kent in het geval dat het faillissement van een schuldenaar wordt verzocht, in die zin dat de niet verschenen schuldenaar in verzet kan komen tegen het vonnis waarbij hij failliet is verklaard, zie art. 8 lid 2.

¹¹⁸ Ynzonides, diss. 1996, p. 233.

¹¹⁹ Dit volgt uit de tekst van art. 282 Rv, zie Van Mierlo 2014, (T&C Rv), art. 282 aant. 5. Zie Schaafsma-Beverluis, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, aant. 11a.

¹²⁰ *Kamerstukken II* 1963/64, 7753, nr. 3, p. 7.

2.4.2.2 WIJZIGING VAN HET VERZOEK (ART. 283 RV)

Zolang geen eindbeschikking is gegeven kan de verzoeker het verzoek of de gronden daarvan verminderen. Onder gronden worden zowel de feitelijke gronden als de juridische gronden verstaan. Verzoeker kan het verzoek ook veranderen of vermeerderen, maar dat moet in beginsel schriftelijk. Onder omstandigheden kan dit mondeling. Het moet dan gaan om situaties waarin (de) andere belanghebbende(n) niet onredelijk worden bemoeilijkt in het voeren van verweer tegen het gewijzigde verzoek.¹²¹

De rechter kan de vermeerdering/verandering ambtshalve op grond van de goede procesorde buiten beschouwing laten.¹²² Dit geldt zelfs indien de belanghebbende er uitdrukkelijk mee instemt. De reden hiervoor is dat de rechter bescherming moet bieden aan belanghebbenden die in persoon procederen.

Voor de dagvaardingsprocedure is in art. 130 lid 3 Rv bepaald dat als een partij niet is verschenen (en jegens haar verstek is verleend) een verandering of vermeerdering van eis tegen die partij is uitgesloten, tenzij de eiser de verandering of vermeerdering tijdig bij exploit aan haar kenbaar heeft gemaakt. Het is twijfelachtig of deze bepaling van overeenkomstige toepassing is ten aanzien van belanghebbenden die niet verschenen zijn in de verzoekschriftprocedure. Immers, een beschikking in een verzoekschriftprocedure heeft werking ten opzichte van alle belanghebbenden, ook ten opzichte van hen die niet in de procedure zijn verschenen. In de parlementaire geschiedenis is aan de overeenkomstige toepassing van art. 130 lid 3 Rv in de verzoekschriftprocedure geen aandacht besteed.¹²³

Tegen de beslissing van de rechter naar aanleiding van het bezwaar van belanghebbende(n) tegen de vermeerdering en/of verandering van het verzoek, of tegen een ambtshalve beslissing tot weigering van een dergelijke vermeerdering en/of verandering staat geen hogere voorziening open. Dit volgt uit het van toepassing verklaarde art. 130 lid 2 Rv. De Hoge Raad heeft beslist dat voor het hier bedoelde rechtsmiddelenverbod de zogenaamde leer van de doorbreking van het rechtsmiddelenverbod niet geldt.¹²⁴

2.4.2.3 BEWIJSRECHT (ART. 284 RV)

Het volledige bewijsrecht zoals neergelegd in de negende afdeling van titel 2 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is van toepassing op de verzoekschriftprocedure. Dit geldt niet indien de aard van de zaak zich hiertegen verzet. Hieronder mag de aard van de procedure worden verstaan.¹²⁵ Het gaat dan om zaken waar geen tegenpartij is, of procedures die zich – gelet op hun spoedeisendheid – niet lenen voor toepassing van dat bewijsrecht. Hierbij heeft de wetgever met name gedacht aan verzoeken die strekken tot het nemen van

121 Van Mierlo 2012, (T&C Rv), art. 283 Rv, aant. 3.

122 Zie HR 13 januari 1995, NJ 1995/370 en Schaafsma-Beversluis, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 283 Rv, aant. 3.

123 Schaafsma-Beversluis, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 283 Rv, aant. 3.

124 HR 28 mei 1999, NJ 2000/220, m.nt. JBMV; zie voor de doorbreking van het rechtsmiddelenverbod H.J. Snijders & A. Wendels, *Civiel appel*, W.E.J. Tjeenk Willink 2003, bewerkt door H.J. Snijders, nr. 36 en nr. 10.3 e.v.

125 Van Mierlo 2014, (T&C Rv), art. 284 Rv, aant. 5.

conservatoire maatregelen alsmede aan voorlopige voorzieningen. Overigens staat het de rechter vrij in dergelijke zaken de bewijsregels overeenkomstig toe te passen. In de procedures van art. 287 lid 4 en 287b lijken regels van bewijsrecht (mede) daarom niet van toepassing. Dit ligt minder voor de hand bij de procedures van art. 287a.

Titel 3 voorziet niet expliciet in het geven van een tussenbeschikking, maar dit is wel mogelijk. Uit art. 290 lid 3 Rv wordt afgeleid dat een mondelinge tussenbeschikking niet mogelijk is.¹²⁶

Evenals in de dagvaardingsprocedure geldt in de verzoekschriftprocedure als hoofdregel dat iedere beschikking uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard, tenzij de wet anders bepaalt of de aard van de beschikking zich daartegen verzet.¹²⁷ De uitvoerbaarbijvoorraadverklaring kan worden verzocht, anders dan in de dagvaardingsprocedure kan de rechter deze tevens ambtshalve uitspreken.

Voor de verzoekschriftprocedure is in art. 289 Rv bepaald dat de eindbeschikking een veroordeling in de proceskosten ‘kan’ inhouden. We zagen reeds dat de Hoge Raad deze bepaling in insolventieprocedures analogisch toepast. De proceskostenveroordeling kan ambtshalve worden uitgesproken. De losse formulering hangt samen met het feit dat sprake kan zijn van eenzijdige verzoekschriften waarbij geen (duidelijke) wederpartij kan worden aangewezen.

Er zijn echter verzoekschriftprocedures waarin wel een duidelijke tegenpartij kan worden aangewezen en die overeenkomst vertonen met de contentieuze procedure. In dit soort gevallen is het redelijk dat de rechter een kostenveroordeling kan uitspreken. Een proceskostenveroordeling is geen sanctie maar een rechtsgevolg van procesverlies en – in de woorden van Van der Wiel – als een billijke risicotoedeling te beschouwen.¹²⁸ Het wordt aan het inzicht van de rechter, die over de feiten oordeelt, overgelaten of hij aanleiding vindt in het gegeven geval een veroordeling in de proceskosten uit te spreken.¹²⁹ Gehele of gedeeltelijke compensatie van de kosten is mogelijk als partijen familie van elkaar zijn of over en weer op enkele punten in het ongelijk zijn gesteld. Nodeloos gemaakte kosten komen voor rekening van de partij die deze aanwendde of veroorzaakte.¹³⁰ Volgens Snijders, Klaassen en Meijer is een (proces)kostenveroordeling in een verzoekschriftprocedure meer uitzondering dan regel.¹³¹ De rechter is bij het bepalen van de hoogte van de proceskostenveroordeling niet gebonden aan het (desbetreffende) liquidatietarief.¹³² Maar in de praktijk wordt de hoogte ervan wel aan de hand van dit tarief bepaald.¹³³ Slechts onder bijzondere omstandigheden wordt van het tarief afgeweken.¹³⁴

126 Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 310.

127 Schaafsma-Beverluis, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 288 Rv, aant. 5.

128 Van der Wiel 2004, p. 328 en 331.

129 HR 11 februari 2000, *NJ* 2000, 239 en zie voor een insolventieprocedure: HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998/68.

130 Van Mierlo 2014, (T&C Rv), art. 289, aant. 2 en HR 5 oktober 2001, *NJ* 2001/651.

131 Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 122.

132 Van Mierlo 2014, (T&C Rv), art. 289, aant. 2 en HR 20 maart 2009, *LJN* BG7995, *NJ* 2009/234, m.nt. S.F.M. Wortmann.

133 Bijvoorbeeld Hof Arnhem 13 juli 2010, *LJN* BN0770.

134 Bijvoorbeeld Hof Amsterdam 23 september 2008, *LJN* BG8013 en Rb. Haarlem 22 februari 2012, *LJN* BV6710.

2.4.2.4 HOGER BEROEP TEGEN BESCHIKKINGEN

Van beschikkingen kan hoger beroep worden ingesteld. De appeltermijn bedraagt drie maanden. Deze termijn begint voor de verzoeker en verschenen belanghebbenden te lopen vanaf de dag van de uitspraak (art. 358 lid 2 Rv). Voor de niet verschenen belanghebbende loopt deze na de dag van betekening van de beschikking, of nadat deze hun op andere wijze bekend is geworden.¹³⁵ Tenzij anders is bepaald kan van tussenbeschikkingen pas met de eindbeschikking hoger beroep worden ingesteld.¹³⁶ Het hoger beroep wordt ingesteld door middel van een beroepschrift.

2.4.3 *Het kort geding (art. 254 Rv)*

2.4.3.1 INLEIDING

De art. 287 lid 4 en 287b introduceren de voorlopige voorziening in het insolventierecht. Daarom wordt in deze paragraaf een beschrijving gegeven van de voorlopigevoorzieningenprocedures in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

In art. 254 Rv is bepaald dat de burgerlijke rechter (voorzieningenrechter geheten) in spoedeisende zaken bevoegd is voorlopige voorzieningen te treffen. Deze rechtsgang wordt kort geding genoemd.

In art. 254 Rv gaat het om ‘spoedeisende zaken’, ‘belangen van partijen’ en ‘een onmiddellijke voorziening bij voorraad (...) vereist’. De drie begrippen worden vaak samengetrokken tot het bekende ‘spoedeisend belang’.¹³⁷ Spoedeisendheid wordt beschouwd als wezenlijk kenmerk van de procesvoering. De rechter zal dit element ambtshalve beoordelen.¹³⁸ Uit de jurisprudentie blijkt dat spoedeisendheid gemakkelijk door de rechter wordt aangenomen. Dit kan niet los worden gezien van de lange duur van de bodemprocedure.

Uitgaande van het recht of de vordering van eiser, zal de kortgedingrechter een belangenafweging maken. Het gaat daarbij enerzijds om het belang van de eisende partij bij de gevraagde voorziening en anderzijds om het belang van de gedaagde partij bij het achterwege blijven van een dergelijke maatregel. Deze afweging staat niet los van de voorlopige visie op hetgeen rechtens is (het timmermansoog genoemd).¹³⁹ De voorzieningenrechter is niet verplicht een prognose te stellen over de uitkomst in de hoofdzaak,¹⁴⁰ maar kan daaraan niet zonder nadere motivering voorbijgaan.¹⁴¹ Vooral bij toewijzende beslissingen geldt dat deze over het algemeen niet mogelijk zijn zonder deze voorlopige visie op het rechtmatigheidsgehalte van de vordering. Afwijzende beslissingen

¹³⁵ Voor zaken betreffende testamentair bewind gelden andere regels. Deze worden buiten beschouwing gelaten.

¹³⁶ Zie art. 358 lid 3 Rv betreffende het hoger beroep en art. 426 lid 4 j° 401a Rv over het beroep in cassatie van tussenbeschikkingen.

¹³⁷ Tonkens-Gerkema 2014, (T&C Rv), art. 254 Rv, aant. 1.

¹³⁸ HR 2 februari 1968, *NJ* 1968/62.

¹³⁹ H.J.R. Kaptein, ‘Scholtens rechterlijke sprong langs de meetlat van de logica’, in: E. Lissenberg e.a. (redactie), *De actualiteit van Paul Scholten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996, p. 80.

¹⁴⁰ HR 15 januari 1999, *NJ* 1999/665, r.o. 3.3.2 (Procter & Gamble/Kimberly Clark; m.nt. D.W.F. Verkade).

¹⁴¹ HR 18 september 1987, *NJ* 1988/ 112. Zie Tjong Tjin Tai, ‘Executiegeschil en incidenteel verzoek tot schorsing’, *TCR* 2009, 1, par. 6. Volgens hem wordt in kort geding wel verwacht dat de voorzieningenrechter anticipeert op de beslissing in een eventuele bodemprocedure.

kunnen daarentegen worden genomen op basis van het daarbij doorslaggevende resultaat van een belangenafweging, en dus ondanks het mogelijke juridische gelijk van de eiser.¹⁴² De vraag naar het juridische gelijk kan zelfs in het midden gelaten worden. Zeker bij afwijzing van de vordering heeft de voorzieningenrechter dus een grotere discretionaire bevoegdheid dan de bodemrechter.

Leidraad voor de voorzieningenrechter is steeds dat de te geven voorziening niet verder zal gaan dan met het oog op de beslissing in het bodemgeschil nodig en verantwoord is. De voorzieningenrechter kan een voorziening treffen die de gewone rechter niet zou mogen geven.¹⁴³

De enkele omstandigheid dat de eisende partij geruime tijd heeft laten verlopen voordat hij in kort geding een vordering (verbod) instelde, kan een rol spelen bij de afweging van de belangen van de partijen,¹⁴⁴ maar hoeft de kortgedingrechter er niet van te weerhouden een spoedeisend belang aan te nemen.¹⁴⁵ Het spoedeisend belang wordt dus gerelateerd aan een belangenafweging van beide partijen. Het gaat niet (enkel) om een absoluut spoedeisend belang, maar om spoedeisendheid in relatie tot het belang van de wederpartij. Die samenhang bestaat onder meer hieruit dat naarmate er minder zekerheid bestaat omtrent de rechtspositie van partijen de belangenafweging meer op de voorgrond staat. De geneigdheid van de voorzieningenrechter een zaak spoedeisend te achten en een voorziening te geven groeit naarmate de belangenafweging duidelijker ten voordele van de eiser uitvalt.¹⁴⁶

De aard van de vordering kan op zichzelf al een spoedeisend belang impliceren.¹⁴⁷ Dit geldt bijvoorbeeld voor de vordering van een werknemer tot betaling van het loon door diens werkgever. Daarnaast geldt dat de voorzieningenrechter niet verplicht is bij een gebleken onrechtmatige situatie een verbod uit te spreken. Hij mag zich door een nadere belangenafweging laten leiden.¹⁴⁸ Bij dit alles geldt dat de ingewikkeldheid van de rechtsvraag geen grond is voor weigering van de voorziening.¹⁴⁹

2.4.3.2 DE (VORDERING TOT HET GEVEN VAN EEN) VOORLOPIGE VOORZIENING

De meest voorkomende voorzieningen zijn bevelen in de vorm van geboden of verboden. Op overtreding van een dergelijk bevel wordt veelal een dwangsom gesteld en/of een machtiging tot reële executie door de eisende partij afgegeven. De rechter kan beide slechts op vordering van een partij uitspreken. Een voorziening strekkende tot betaling van een geldsom is in kort geding toewijsbaar, zij het dat daarbij verzwaarde motiveringseisen gelden.¹⁵⁰

142 HR 15 december 1995, *NJ* 1996/509, m.nt. D.W.F. Verkade.

143 Blaauw 2002, p. 18.

144 HR 29 november 2002, *NJ* 2003/78, m.nt. P.A. Stein r.o. 3.4.

145 HR 29 juni 2001, *NJ* 2001/602, m.nt. D.W.F. Verkade.

146 B.J. Asscher, 'Spoed is goed, haast niet', in Overdijk e.a. (red.), *Onverwilde spoed*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 43 en Zonderland 1971, p. 19.

147 HR 4 juni 1993, *NJ* 1993/659, m.nt. D.W.F. Verkade. Dit betrof een vordering tot bescherming tegen octrooi-inbreuk.

148 Korthals Altes 1985 p. 4.

149 HR 2 april 1993, *NJ* 1994/650, m.nt. J.C. Schultsz.

150 Zie o.a. HR 22 januari 1982, *NJ* 1982/505, m.nt. W.H. Heemskerk en HR 14 april 2000, *NJ* 2000/489, m.nt. DWFV.

Een verbod is mogelijk bij een inbreuk en tevens bij een dreigende inbreuk.¹⁵¹ De rechter kan de voorziening in tijd beperken en er voorwaarden aan verbinden. Het gaat bijvoorbeeld om een opschortende voorwaarde, zoals het stellen van een bankgarantie of het verschaffen van andere zekerheid, dan wel om een ontbindende voorwaarde. Een voorwaarde met de strekking dat eiser aan de ontruimingsveroordeling geen rechten kan ontlenen als de gedaagde de huurachterstand binnen een bepaalde termijn zal hebben voldaan is bijvoorbeeld veelvoorkomend bij ontruimingsveroordelingen.¹⁵²

Dat de gevraagde voorziening feitelijk onomkeerbare gevolgen heeft is op zichzelf geen grond de voorziening ongeschikt te achten voor kort geding.¹⁵³ Art. 257 Rv richt zich immers niet tot de rechter in kort geding, maar tot de rechter die van het bodemgeschil kennisneemt. Verder is de voorzieningenrechter vrij een minder vergaande voorziening te geven dan wordt gevorderd.¹⁵⁴ Het is vaste jurisprudentie dat de voorzieningenrechter geen verklaring voor recht kan geven.¹⁵⁵

Aangenomen wordt dat de gewone regels omtrent stelplicht, bewijslast en bewijs in kort geding niet van toepassing zijn.¹⁵⁶

Ook in kort geding is vermeerdering of wijziging van de eis mogelijk. Deze kan slechts worden geweigerd indien hij in strijd is met de eisen van een goede procesorde (art. 130 Rv). Aangenomen wordt dat de wijziging tijdens de mondelinge behandeling nog kan worden verzocht. Hoewel verdedigd wordt dat de eisiwijziging mondeling kan geschieden, moet ingevolge art. 11.1 Procesreglement kort geding de wijziging wel (tevens) op schrift worden gedaan, zo nodig ter zitting (waarbij ondertekening door de advocaat niet is vereist). Daarnaast moet de voorgenomen eisiwijziging in beginsel zo spoedig mogelijk, voorafgaand aan de zitting worden medegedeeld aan gedaagde en rechter (art. 11.1 Procesreglement kort geding). De voorzieningenrechter kan in alle gevallen, op grond van eisen van een goede procesorde, ambtshalve, of op bezwaar van de gedaagde, beslissen om de eisiwijziging of vermeerdering niet toe te laten.¹⁵⁷ De gegeven beslissing kan mondeling zijn.¹⁵⁸

In kort geding kan een eis in reconventie worden ingesteld. Het moet uiteraard een voorlopige voorziening betreffen en er moet een spoedeisend belang zijn. Bovendien moet aan de vereisten van een reconventionele vordering zijn voldaan, zie art. 136 Rv.

¹⁵¹ Zie o.a. HR 4 maart 1938, *NJ* 1938/948, HR 14 februari 1946, *NJ* 1947/155 en Blaauiw 2002, p. 191.

¹⁵² Tonkens-Gerkema 2014, (T&C Rv), art. 254 Rv, aant. 6.

¹⁵³ HR 8 februari 1946, *NJ* 1946/166 ten aanzien van verwerking van grondstoffen, HR 12 februari 1947, *NJ* 1947/157, m.nt. E.M. Meijers, ten aanzien van plaatsing op een kieslijst en HR 11 februari 1994, *NJ* 1994/651, m.nt. H.J. Snijders), r.o. 3.3 ten aanzien van een uitspraak die in de plaats kan treden van medewerking aan de overdracht van een onroerende zaak.

¹⁵⁴ HR 29 oktober 1993, *NJ* 1994/107.

¹⁵⁵ HR 2 april 1976, *NJ* 1977/361. Heemskerk heeft in zijn noot onder dit arrest tevergeefs gepleit voor het aannemen van de bevoegdheid van de kortgedingrechter wel een verklaring voor recht te geven.

¹⁵⁶ Zie bijvoorbeeld HR 29 januari 1943, *NJ* 1943/198, 5 december 1952, *NJ* 1953/767, HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999/682 en, voor wat betreft bewijslastverdeling en weigering van de gevraagde voorziening in verband met noodzaak tot nadere bewijsoverlevering, HR 21 april 1978, *NJ* 1979/194.

¹⁵⁷ Tonkens-Gerkema 2014, (T&C Rv), art. 254 Rv, aant. 12.

¹⁵⁸ In hoger beroep zal de voor de vermeerdering van de eis voorgeschreven procedure ter rolzitting van korte gedingen van het hof toepassing kunnen vinden; mondelinge verandering of vermeerdering van de eis is dan niet toegelaten.

2.4.3.3 PROCESKOSTEN EN RECHTSMIDDELEN

Art. 237 Rv bevat de proceskostenregeling in dagvaardingszaken. Deze bepaling geldt tevens in kort geding. Hoofregel is dat de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten wordt veroordeeld. Gehele of gedeeltelijke compensatie van de kosten is mogelijk als partijen familie van elkaar zijn of over en weer op enkele punten in het ongelijk zijn gesteld. Nodeloos gemaakte kosten blijven voor rekening van de partij die deze aanwendde of veroorzaakte.

Tegen een bij verstek gewezen vonnis in kort geding kan (bij dagvaarding) in verzet gekomen worden (art. 259 Rv). Dit hoeft sinds 2002 niet meer bij de rechtbank gedaan te worden, maar moet bij de voorzieningenrechter zelf.

Van een kortgedingvonnis staat hoger beroep open bij het hof. De appeltermijn is vier weken (art. 339 lid 2). Tot 1 januari 2002 bedroeg deze twee weken. Bij door de kantonrechter gewezen kortgedingvonnissen geldt de appelpgrens van € 1.750,- (art. 332 Rv). De cassatiemogelijkheden tegen een dergelijk in kort geding gewezen vonnis zijn beperkt in art. 80 RO.¹⁵⁹

2.4.4 *Kort geding in het kader van het beslag- en executierecht*

De voorzieningenrechter is in de praktijk de executierechter bij uitstek. Zijn bevoegdheid als executierechter is in het bijzonder te vinden in art. 438 Rv. Deze bepaling wijst de voorzieningenrechter aan als degene die in kort geding kan beslissen in executiegeschillen, over een voorziening bij voorraad. In een executiegeschil ex art. 438 Rv gaat het om de tenuitvoerlegging van executoriale titels en om de vraag of (en zo ja, in hoeverre) deze tenuitvoerlegging onrechtmatig is. Art. 705 Rv regelt zijn bevoegdheden ten aanzien van conservatoire beslagen. De procesrechtelijke voorschriften die in het kader van art. 254 Rv gelden, zijn in beginsel eveneens in executiekortgedingen van toepassing. Een verschil met het 'gewone' kort geding wordt gevormd door de omstandigheid dat geen sprake is van een principaal geschil waarin eventueel de rechtsbetrekking tussen partijen, en hun daaruit voortvloeiende rechten en verplichtingen, moet worden vastgesteld. Een schuldenaar kan op de voet van art. 287 lid 4 een executiegeschil aan de (insolventie)rechter voorleggen. Het ligt voor de hand dat de insolventierechter voor de vraag wat zijn bevoegdheden en mogelijkheden zijn, te rade zal gaan bij het bepaalde in art. 438 en 705 Rv.

In art. 438 lid 2 Rv heeft de voorzieningenrechter bijzondere bevoegdheden gekregen. Deze komen, zoals opgemerkt, naast de bevoegdheden die hij als voorzieningenrechter al heeft. Het gaat om:

- a. het schorsen van de executie voor een bepaalde tijd of totdat op het geschil zal zijn beslist,
- b. het bepalen dat executie slechts tegen zekerheidstelling mag plaatsvinden of worden voortgezet,
- c. het opheffen, al dan niet tegen zekerheidstelling, van beslagen,
- d. het bevelen van herstel van verzuimde formaliteiten,

¹⁵⁹ Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 255.

- e. het bepalen dat een in het geding opgeroepen derde de voortzetting van de executie moet gedogen dan wel zijn medewerking moet verlenen (al dan niet tegen zekerheidstelling).

Beslagen kunnen in kort geding worden opgeheven (c.). De rechter kan de opheffing van een beslag op de voet van art. 52 Rv uitvoerbaar bij voorraad verklaren en aan deze verklaring eventueel de voorwaarde van zekerheidstelling verbinden.¹⁶⁰ Daarmee rijst natuurlijk de vraag wat de situatie is als het kortgedingvonnis in hoger beroep wordt vernietigd. De Hoge Raad heeft beslist dat het beslag dan herleeft, met dien verstande dat wijzigingen in de rechtstoestand van het beslagen goed in de periode tussen de opheffing en de vernietiging moeten worden geëerbiedigd.¹⁶¹

De voorzieningenrechter kan bevelen dat een executie wordt gestaakt. Dit betekent dat reeds in beslag genomen geldbedragen moeten worden teruggegeven. Een dergelijke voorziening kan worden gegeven als aannemelijk is dat de vordering terzake waarvan beslag is gelegd reeds is voldaan.

Hoewel de eis van spoedeisendheid in art. 438 lid 2 Rv niet wordt gesteld, moet uit de aard van het kort geding worden afgeleid dat deze voorwaarde hier eveneens geldt.¹⁶² Overigens is spoedeisendheid in executiekortgedingen vaak evident.

Wanneer is in kort geding verzet mogelijk tegen een executie? De eisende partij zal moeten stellen dat de executie in enige fase van haar loop onrechtmatig is. De volgende situaties kunnen worden genoemd:¹⁶³

- a. de beweerde titel is geen executoriale titel in de zin van art. 430 lid 1 Rv,
- b. formele voorwaarden voor executie ontbreken,
- c. de titel heeft zijn executoriale kracht verloren,
- d. executie vindt plaats ten aanzien van niet voor beslag vatbare goederen,
- e. misbruik van executiebevoegdheid.

In het kader van onderhavig onderzoek wordt nader op de onder d. en e. genoemde situaties ingegaan.

Executie vindt plaats ten aanzien van niet voor beslag vatbare goederen (d.) indien, bijvoorbeeld gereedschappen van ambachtslieden en werklieden, tot hun persoonlijk bedrijf behorende, in beslag zijn genomen (in strijd met het in art. 447 en 448 Rv bepaalde). Voorts moet worden gedacht aan de bepalingen in art. 475a Rv e.v. betreffende de beslagvrije voet. Deze is verbonden aan vorderingen tot periodieke betaling van loon en uitkeringen genoemd in art. 475c Rv. Een beslag onder een derde op deze periodieke betaling is alleen geldig voorzover deze de beslagvrije voet overtreft. De berekening van de beslagvrije voet is niet eenvoudig en leidt geregeld tot problemen.¹⁶⁴

Misbruik van executiebevoegdheid (e.) werd in het verleden niet aanvaard. Aangenomen werd dat het in het algemeen niet mogelijk was bij wege van

160 HR 20 januari 1995, *NJ* 1995/413, m.nt. H.E. Ras.

161 Onder meer in HR 23 februari 1996, *NJ* 1996/434 en HR 26 mei 2000, *NJ* 2001/388, m.nt. H.J. Snijders.

162 Broekveld, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 438, aant. 4.

163 Blaauw 2002, p. 236 e.v.

164 Bijvoorbeeld Rb. Haarlem 16 juli 2010, *LJN* BJ3023, Hof Leeuwarden, 20 april 2010, *LJN* BM2233. Zie verder de jurisprudentie in Blaauw 2002, p. 242 e.v.

executiegeschil de schorsing van de executie van een eerdere gerechtelijke uitspraak (met executoriale kracht) te bewerkstelligen.¹⁶⁵ Het respect voor de eerdere uitspraak stond daaraan in de weg. Alleen ingeval van nieuwe feiten zou dit mogelijk zijn. Schorsing was alleen mogelijk voorzover de wet daartoe mogelijkheden bood. In het arrest Ritzen/Hoekstra heeft de Hoge Raad aangegeven wanneer bij executie van een niet onherroepelijk maar wel uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis sprake kan zijn van misbruik van executiebevoegdheid.¹⁶⁶ Het ging in deze zaak om de tenuitvoerlegging van een ontruimingsvonnis. Van bedoeld misbruik kan, aldus de Hoge Raad, sprake zijn als de executant, mede gelet op de belangen van de geëxecuteerde die zullen worden geschaad, geen in redelijkheid te respecteren belang heeft bij gebruikmaking van zijn bevoegdheid in afwachting van de uitslag van het hoger beroep tot tenuitvoerlegging over te gaan. Daarvan kan sprake zijn (i) als het te executeren vonnis klaarblijkelijk op een juridische of feitelijke misslag berust of (ii) indien de ontruiming, op grond van na dit vonnis voorgevallen of aan het licht gekomen feiten, klaarblijkelijk aan de zijde van de geëxecuteerde een noodtoestand zal doen ontstaan waardoor een onverwijld tenuitvoerlegging niet kan worden aanvaard. Als een juridische of feitelijke misslag wordt aangevoerd als grondslag voor misbruik van executiebevoegdheid, dan moet deze misslag evident zijn.¹⁶⁷ De bevoegdheid om een onherroepelijk geworden uitspraak ten uitvoer te leggen kan tevens worden misbruikt.¹⁶⁸ Hierbij wordt min of meer hetzelfde criterium gehanteerd.

2.4.5 *De provisionele vordering/voorziening (art. 223 Rv)*

Tijdens een aanhangig geding kan iedere partij op grond van art. 223 Rv vorderen dat de rechter een voorlopige voorziening zal treffen voor de duur van het geding. Deze bepaling vertoont daarom overeenkomsten met art. 287 lid 4.

Het incident van art. 223 Rv wordt wel als een kort geding of een ordemaatregel binnen een bodemprocedure gekarakteriseerd.¹⁶⁹ Hoewel het kan gaan om dezelfde voorziening als tijdens een kort geding, geldt – anders dan in kort geding – de eis dat de voorziening verband houdt met de hoofdvordering(en). Dit is bepaald in art. 223 lid 2 Rv. Er is sprake van een zogeheten open stelsel van voorzieningen. Het gaat bijvoorbeeld om maatregelen die beogen te voorkomen dat in de loop van de bodemprocedure een situatie ontstaat waarin de executie van een toewijzend vonnis in de hoofdzaak niet meer mogelijk is. De voorziening kan verder gaan en strekken tot toewijzing van hetgeen in de hoofdzaak wordt gevorderd.¹⁷⁰ Daarnaast kan aan de voorziening een dwangsom worden verbonden. Wat de rechter niet kan is een voorlopige voorziening van constitutieve en declaratoire aard treffen.

¹⁶⁵ Meijer 1967, p. 142 en 149.

¹⁶⁶ HR 22 april 1983, *NJ* 1984/145, m.nt. W.H. Heemskerk.

¹⁶⁷ HR 24 februari 1989, *NJ* 1989/551.

¹⁶⁸ HR 30 oktober 1992, *NJ* 1993/4.

¹⁶⁹ Van Maanen 2012, (T&C Rv), art. 223 Rv, aant. 1a, Van Dam-Lely 2014, (T&C Rv), art. 223 Rv, aant. 1a en Van Dam-Lely 2012, p. 84.

¹⁷⁰ Vóór 1 januari 2002 (art. 51 Rv oud) heeft hierover een tijdlang verschil van opvatting bestaan, zie de conclusie van de AG voor het arrest van de Hoge Raad van 14 november 1997, *NJ* 1998/113, achter 7.

De vordering moet worden ingesteld bij de dagvaarding of, nadien, bij een met redenen omklede conclusie (art. 208 j° 128 Rv). Het incident (van art. 223 Rv) kan door iedere partij worden geopend. De gedaagde partij in het incident dient terzake een conclusie van antwoord te nemen (art. 208 j° 128 Rv). De bepaling omtrent de comparitie van partijen, art. 131 Rv, is niet van toepassing verklaard.¹⁷¹

Uitgangspunt is dat eerst op de incidentele vordering van art. 223 Rv wordt beslist. De rechter bepaalt bij zijn beslissing in het incident de dag waarop de hoofdzaak weer op de rol komt, voorover deze niet tegelijk met de incidentele vordering wordt afgedaan (art. 209 Rv).

In de wet is niet bepaald dat een eenmaal getroffen voorziening door de rechter gewijzigd of ingetrokken kan worden. In art. 287 lid 4 is dit evenmin bepaald. Door Snijders wordt aangenomen dat het desondanks wel mogelijk is een incidentele vordering tot wijziging van een eerder getroffen voorziening ex art. 223 Rv in te dienen.¹⁷² Bij de beoordeling van een vordering tot wijziging (of intrekking) van een eerder getroffen voorziening moet in beginsel worden uitgegaan van de gegeven voorlopige voorziening en de daaraan ten grondslag liggende vaststellingen en oordelen. Wie wijziging (of intrekking) vordert zal er volgens Snijders goed aan doen feiten en omstandigheden aan zijn vordering ten grondslag te leggen die bij de eerder gegeven voorlopige voorziening niet in aanmerking konden worden genomen – doordat zij zich eerst na het geven van die voorziening hebben voorgedaan – en die kunnen rechtvaardigen dat die voorziening wordt gewijzigd.¹⁷³

In art. 223 Rv wordt niet geëist dat de eisende partij in het incident een spoedeisend belang heeft bij de hoofdvordering.¹⁷⁴ De eiser moet uiteraard wel voldoende belang hebben bij de incidentele vordering (zie art. 3:303 BW). Aan dit vereiste is volgens de Hoge Raad voldaan als van eiser niet verlangd kan worden dat hij de afloop van de bodemzaak afwacht.¹⁷⁵ Literatuur en jurisprudentie zijn verdeeld over de vraag of hieruit kan of moet worden afgeleid dat per saldo sprake moet zijn van een spoedeisend belang.¹⁷⁶ In de praktijk lijkt de spoedeisendheid een belangrijk element.¹⁷⁷

171 Het is mogelijk direct na het instellen van de provisionele vordering een comparitie van partijen te gelasten. De gedaagde partij in het incident kan dan mondeling voor antwoord concluderen beide partijen kunnen mondeling op elkaars standpunten reageren. Het vonnis volgt na twee weken. Deze werkwijze komt met de procedure van art. 116 Rv oud (het oude kantonrechtscortgeding) overeen, alsook met het pleidooi van Van Breda, 'Het kort geding als donor voor de bodemprocedure nieuwe stijl?', *NJB* 1993, p. 1197 e.v.

172 G. Snijders, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 223, aant. 5.

173 Vgl. in dit verband HR 30 mei 2008, *LJN* BC5012, *NJ* 2008/311 Dit betrof het incident ex art. 234 en 235 Rv (alsnog uitvoerbaarbijvoorraadverklaring en alsnog zekerheidstelling).

174 Zie G. Snijders, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 223, aant. 10.

175 Zie HR 14 november 1997, *LJN* ZC2489, *NJ* 1998/113 r.o. 3.4.

176 Zie o.a. de conclusie AG De Vries Lentsch-Kostense voor HR 14 november 1997, *NJ* 1998/113, achter 7: een zeker spoedeisend dan wel dringend belang is vereist. Van Maanen 2012, (T&C Rv), art. 223 Rv, aant. 2c en Van Dam-Lely 2014, (T&C Rv), art. 223 Rv, aant. 2c gaan uit van een 'voldoende belang', welke eis als minder zwaar wordt gezien dan de eis van een spoedeisend belang in kort geding. Voorts P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, *TCR* 2003, p. 39. Volgens hem is spoedeisendheid niet onmisbaar, maar wel een factor die moet worden meegewogen bij de beoordeling van de toewijsbaarheid van de vordering. Van Dam-Lely 2012 is van mening dat de spoedeisendheid wordt geacht te zijn begrepen in het belangvereiste van art. 3:303 BW (Van Dam-Lely 2012, p. 84).

177 Zie Den Besten 2007, p. 229.

Samenvattend geldt het volgende. De rechter die dient te beslissen over een provisionele vordering moet beoordelen of de eiser in het incident een (procesueel, dringend of spoedeisend) belang heeft bij zijn vordering en vervolgens de belangen van partijen afwegen, tegen de achtergrond van de te verwachten resterende duur van de hoofdzaak en ook de proceskansen. Indien stellingen zijn betwist, dan hoeft hij geen bewijslevering te gelasten, maar het mag wel. Voor het toewijzen van een provisionele vordering is voldoende dat deze aannemelijk is.¹⁷⁸ Als de uitkomst in de hoofdzaak ongewis is, zal de voorziening over het algemeen worden afgewezen. Op dit punt bestaat geen of weinig verschil met de vordering in kort geding.¹⁷⁹ Daarom wordt aangenomen dat de rechter als voorzieningenrechter (of: kortgedingrechter) optreedt.¹⁸⁰

Een verschil met het kort geding is dat de voorlopige voorziening ex art. 223 Rv geldt voor de duur van het geding, tenzij de rechter heeft bepaald dat deze eerder eindigt. Volgens de parlementaire geschiedenis¹⁸¹ en literatuur¹⁸² betekent dit dat de voorlopige voorziening geldt tot de einduitspraak in de hoofdzaak in kracht van gewijsde gaat 'of de zaak wordt ingetrokken'. Als een rechtsmiddel wordt ingesteld tegen de einduitspraak in de hoofdzaak behoudt de voorlopige voorziening, aldus deze bronnen, haar rechtskracht, zelfs als deze voorziening ingaat tegen, dan wel niet verenigbaar is met, de einduitspraak. Deze stelling wordt onderbouwd onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van art. 223 Rv.¹⁸³ De Hoge Raad heeft echter beslist dat een provisioneel vonnis dat een voorlopige voorziening bevat in de vorm van toekenning van een voorschot op een in een vonnis in de hoofdzaak uitvoerbaar bij voorraad toegewezen vordering, zijn werking verliest en wordt vervangen door de definitieve beslissing in de hoofdzaak.¹⁸⁴

Tegen het vonnis in het incident ex art. 223 Rv staat steeds direct hoger beroep of beroep in cassatie open (art. 337 Rv). Het incident schorst de behandeling van de hoofdzaak niet.¹⁸⁵ De aanwending van een rechtsmiddel tegen een voorlopige voorziening heeft wel van rechtswege schorsende werking jegens de voorziening in kwestie.

Wel kan het vonnis in het incident uitvoerbaar bij voorraad verklaard worden. Dit kan niet ambtshalve. De aard van een voorlopige voorziening zal zich niet snel tegen een uitvoerbaarbijvoorraadverklaring verzetten.

Het oordeel waarop de beslissing op deze incidentele vordering is gebaseerd, is voorlopig. Het incidenteel vonnis bindt de rechter niet bij het beslissen op de

¹⁷⁸ HR 29 november 2002, *LJN* AE7005, *NJ* 2003/50: 'Het onderdeel faalt, omdat de rechter die over een provisionele vordering moet beslissen, niet gehouden is bewijslevering te gelasten. De provisionele voorziening is immers voorlopig van karakter en bindt de rechter in de hoofdzaak niet.' Zie Den Besten 2007, p. 230.

¹⁷⁹ G. Snijders, *Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 223, aant. 11.

¹⁸⁰ Von Schmidt auf Altenstadt 2003, p. 37.

¹⁸¹ *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, Van Mierlo/Bart, p. 389.

¹⁸² Den Besten 2007, p. 224.

¹⁸³ G. Snijders, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 223, aant. 6, Van Maanen 2012, (T&C Rv), art. 223 Rv, aant. 1. Van Dam-Lely 2014, (T&C Rv), art. 223 Rv, aant. 1 en Von Schmidt auf Altenstadt 2003, p. 39. Anders: Den Hartog Jager 2014, p. 68: totdat is beslist en niet pas als de beslissing in kracht van gewijsde is gegaan. *Kamerstukken II*, 26 855, nr. 3, p. 129.

¹⁸⁴ HR 6 februari 2009, *LJN* BG5056, *NJ* 2010/139, m.nt. H.J. Snijders.

¹⁸⁵ Het is niet mogelijk tevens een rechtsmiddel in te stellen tegen een aan het provisionele vonnis voorafgaande tussenvonnis, zie HR 6 februari 2009, *LJN* BG5056, *NJ* 2010/139, m.nt. HJS.

vordering in de hoofdzaak.¹⁸⁶ Anders dan in kort geding is de rechter die op de incidentele vordering beslist veelal dezelfde als degene die in de hoofdzaak beslist; dat is althans de indruk. De vraag of de rechter die op de incidentele vordering beslist dezelfde persoon is als de rechter die in de hoofdzaak beslist kan tevens spelen bij art. 287 lid 4.

De literatuur is verdeeld over de vraag of dit in strijd zou zijn met de eis van onpartijdigheid. Van Maanen¹⁸⁷ vindt van niet, terwijl Von Schmidt auf Altenstadt die mening wel is toegedaan.¹⁸⁸ Van Maanen wijst erop dat kantonrechters die op basis van art. 116 Rv oud (de regeling van het ‘oude’ kantonrechterskortgeding) een voorlopige voorziening hadden getroffen de zaak informeel overdroegen aan een andere kantonrechter. In de praktijk wordt er om deze reden – in navolging van het Hauschildt-arrest¹⁸⁹ – wel eens een wrakingsverzoek ingediend, teneinde te voorkomen dat de rechter die op de provisionele vordering heeft beslist tevens over de eis in de hoofdzaak zal oordelen. Dergelijke wrakingsverzoeken zijn in het verleden regelmatig ingediend tegen kantonrechters die in het kader van een 116-procedure reeds hadden beslist op een met de hoofdzaak samenhangende voorlopige voorziening.¹⁹⁰

De slagingskans van een dergelijk wrakingsverzoek moet echter als klein worden beschouwd. Recentelijk heeft het EHRM geoordeeld dat het enkele feit dat een rechter voorafgaande aan de zitting reeds beslissingen heeft genomen, onvoldoende is om objectief gerechtvaardigde twijfels te hebben omtrent zijn onpartijdigheid.¹⁹¹ Daarvoor oordeelde de Hoge Raad al dat de enkele omstandigheid dat een rechter reeds eerder bemoeienis met een zaak heeft gehad onvoldoende is om objectief gezien de vrees van onpartijdigheid te rechtvaardigen, en op basis daarvan aan te nemen dat deze rechter niet meer als onpartijdig rechter in de zin van art. 6 lid 1 EVRM zou kunnen beslissen.¹⁹² Ondertussen is het natuurlijk de vraag of de rechter die heeft beslist op een provisionele vordering het op een wrakingsverzoek moet laten aankomen. Om alle schijn van partijdigheid te vermijden lijkt het verstandig de behandeling van de hoofdzaak informeel over te dragen aan een andere rechter. Dit ligt anders indien na een tussenvonnis, in verband met de daarin gegeven al dan niet voorlopige oordelen, een incidentele vordering ex art. 223 Rv wordt ingesteld. In een dergelijk geval bouwt de rechter in feite voort op dat tussenvonnis.

Indien de vordering in de hoofdzaak wordt afgewezen nadat deze in het incident (deels) is toewezen, dan kan in het eindvonnis de incidentele eiser

¹⁸⁶ Zie HR 29 november 2002, *LJN* AE7005, *NJ* 2003/50.

¹⁸⁷ Van Maanen 2012, (T&C Rv), art. 223 Rv, aant. 5a en Van Dam-Lely 2014, (T&C), art. 223 Rv, aant. 5a.

¹⁸⁸ Von Schmidt auf Altenstadt 2003, p. 39.

¹⁸⁹ EHRM 24 mei 1989, *NJ* 1990/627, m. nt. P. van Dijk. Voor een succesvolle wraking zie Rb. Dordrecht 6 augustus 1997, *NJ* 1997/713. Zie voorts Smits 2008, p. 290.

¹⁹⁰ Van Maanen 2012, (T&C Rv), art. 223 Rv, aant. 5a, Van Dam-Lely 2014, (T&C), art. 223 Rv, aant. 5a en P. Ingelse, ‘Kroniek dagvaardingsprocedure in eerste aanleg’, *TCR* 1998, p. 36.

¹⁹¹ Zie EHRM 15 februari 2007, *NJ* 2007/536, m.nt. E.A. Alkema.

¹⁹² HR 30 juni 1989, *NJ* 1990/382, m.nt. JBMV, r.o. 3.4; en recenter HR 15 februari 2002, *NJ* 2002/197, r.o. 3.3.2. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de omstandigheid dat een rechter eerder een uitspraak heeft gedaan waarmee degene die zijn wraking verzoekt het niet mee eens is, geen omstandigheid is die erop wijst dat de onpartijdigheid van die rechter schade zou kunnen lijden: HR 16 december 2011, *LJN* BU8280 en HR 13 april 2012, *LJN* BW1972. Tevens Rb. Leeuwarden 24 mei 2012, *LJN* BW8115 (schuldsaneringsregeling).

worden veroordeeld tot terugbetaling. Dit moet wel gevorderd worden, zij het dat een eis in reconventie niet nodig is.¹⁹³

Vermeldenswaard is tot slot dat de Hoge Raad in 2014 heeft beslist dat de bepalingen van titel 3 zich niet verzetten tegen analogische toepassing van art. 223 Rv.¹⁹⁴ Voor de verzoekschriftprocedures betreffende echtscheidingen (en scheiden van tafel en bed) bestaat een wettelijke regeling voor het treffen van voorlopige voorzieningen hangende de procedure (art. 821 ev. Rv.), maar ook in andere verzoekschriftprocedures kan door deze uitspraak dus een incidenteel verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening worden gedaan. Aangezien sprake is van analogische toepassing van art. 223 Rv is het (op grond van art. 209 Rv) aan de rechter overgelaten of hij het incidenteel verzoek direct behandelt en daarop aanstonds beslist, of niet.¹⁹⁵

2.4.6 *Het moratorium in art. 5 Wet Gemeentelijke Schuldhulpverlening (Wgs)*

In deze paragraaf bespreek ik het in art. 5 Wgs opgenomen moratorium. Dit moratorium vertoont overeenkomsten met het in hoofdstuk 4 te bespreken art. 287b. Onderhavig onderzoek beperkt zich bij de bespreking van art. 5 Wgs tot de voor dit onderzoek relevante punten.

De Wet Gemeentelijke Schuldhulpverlening (Wgs) is ingegeven door de wens om de effectiviteit van de schuldhulpverlening te verbeteren. Daarvoor is essentieel dat schuldeisers vertrouwen hebben in de wijze waarop de (gemeentelijke) schuldhulpverlening is georganiseerd – aldus de memorie van toelichting.¹⁹⁶ De Wgs beoogt een bodem in de gemeentelijke schuldhulpverlening te leggen, waardoor genoemd vertrouwen van schuldeisers geacht wordt toe te nemen.¹⁹⁷ Een breed wettelijk moratorium maakte geen onderdeel uit van het oorspronkelijke wetsvoorstel. De Tweede Kamer heeft uiteindelijk, op de valreep en tegen de wens van de staatssecretaris, een amendement aangenomen waarmee alsnog de mogelijkheid van een breed moratorium in het minnelijke traject wordt geïntroduceerd. Het gaat om invoeging van artikel 5 in deze wet. De tekst luidt als volgt:

‘1. Het college kan de rechtbank verzoeken een afkoelingsperiode af te kondigen, waarin elke bevoegdheid van de schuldeiser tot verhaal op de goederen van de schuldenaar en tot opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden niet kan worden uitgeoefend, voor een periode van maximaal zes maanden.

2. Een afkoelingsperiode als bedoeld in het eerste lid wordt slechts afgekondigd indien deze periode noodzakelijk is in het kader van schuldhulpverlening en indien is voldaan aan bij algemene maatregel van bestuur gestelde nadere voorwaarden.

193 HR 30 januari 2004, *LJN* AN7327, *NJ* 2005/246, m.nt. H.J. Snijders.

194 HR 5 december 2014, *ECLI:NL:HR2014:3533*.

195 HR 5 december 2014, *ECLI:NL:HR2014:3533*, r.o. 3.5.

196 Kamerstukken II 2009/10, 32 291, nr. 3, p. 11.

197 Kamerstukken II 2009/10, 32 291, nr. 3, p. 5.

3. *Bij algemene maatregel van bestuur kunnen verplichtingen worden aangewezen die door de schuldenaar tijdens de afkoelingsperiode, bedoeld in het eerste lid, worden nagekomen.*¹⁹⁸

De toelichting bij het (aangenomen) amendement is tamelijk summier.¹⁹⁸ Blijkens deze toelichting heeft het afkondigen van het moratorium (of de afkoelingsperiode) onder meer tot gevolg dat beslag, executoriale verkoop en verrekening worden opgeschort. Het moratorium moet worden gezien als uiterste middel om een oplossing in het minnelijke traject te bewerkstelligen. Het instrument mag volgens de toelichting niet te lichtvaardig of te vroeg in het proces van schuldhulpverlening worden ingezet. De schuldhulpverlening moet moeite hebben gedaan om schuldeisers te overtuigen hun invorderingsmaatregelen tijdelijk op te schorten. Daarom is bepaald dat uitsluitend het college het verzoekschrift bij de rechtbank kan indienen.

Het doel van een breed wettelijk moratorium is om de schuldhulpverlening in staat te stellen om met medewerking van de schuldenaar tot een schuldrege­lingsvoorstel te komen. Daarbij is ook oog voor de belangen van schuldeisers. Zo is bepaald dat bij algemene maatregel van bestuur verplichtingen kunnen worden aangewezen die door de schuldenaar wel dienen te worden nagekomen. Hierbij wordt gedacht aan de noodzakelijke duurovereenkomsten zoals huur-, gas, water en licht- en zorgverzekeringsovereenkomst. Bij algemene maatregel van bestuur zullen nadere voorwaarden worden gesteld waaraan moet worden voldaan om een afkoelingsperiode te kunnen uitspreken. In de toelichting bij het amendement wordt een aantal voorbeelden van deze voorwaarden gegeven, waaronder de eis dat er ten aanzien van de schuldenaar niet al eerder een afkoelingsperiode mag zijn afgekondigd. Dit houdt in dat per schuldenaar slechts eenmaal een moratorium kan worden ingezet. Verder wordt vermeld dat een breed wettelijk moratorium slechts kan worden gevraagd als de schuldeiser niet gebonden is aan een convenant, en als vaststaat dat de schuldeiser niet bereid is op basis van individuele afspraken zijn invorderingsmaatregelen tijdelijk op te schorten. Met deze conventanten wordt waarschijnlijk bedoeld de door de NVVK met (branche)organisaties van schuldeisers gemaakte afspraken ten behoeve van minnelijke schuldsanering.

Als een schuldenaar tijdens de afkoelingsperiode niet aan zijn verplichtingen voldoet, vervalt het moratorium en mag de schuldeiser zijn invorderingsmaatregelen hervatten.

De Wgs is op 1 juli 2012 in werking getreden.¹⁹⁹ De invoering van het brede moratorium (art. 5 Wgs) is echter uitgesteld, omdat deze is verbonden aan de invoering van het wetsvoorstel betreffende de verhoging van griffierechten²⁰⁰ dat, zoals opgemerkt, inmiddels is ingetrokken.²⁰¹ Invoering van art. 5 Wgs wordt in 2016 verwacht.²⁰²

198 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 291, nr. 49.

199 Wet van 9 februari 2012 tot het geven aan gemeenten van de verantwoordelijkheid voor schuldhulpverlening (Wet gemeentelijke schuldhulpverlening), Stb. 2012, 78.

200 Die verbondenheid blijkt uit de toelichting op het amendement dat tot invoering van het brede moratorium heeft geleid. Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 291, nr. 49.

201 Brieven van de minister-president Rutte d.d. 27 november 2012 aan de Tweede Kamer (kenmerk 3117848) en de Eerste Kamer (kenmerk 3117887). Te vinden op www.rijksoverheid.nl.

202 Zie de brief van de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie d.d. 24 april 2014 aan de Eerste Kamer (kenmerk 497266, p. 8). Te vinden op www.rijksoverheid.nl.

Hierna zal de tekst van art. 5 en de daarbij horende toelichting worden geanalyseerd. De in lid 3 genoemde algemene maatregel van bestuur is nog niet opgesteld. De tekst van art. 5 lid 1 Wgs doet denken aan die van art. 63a, omdat gesproken wordt van een afkoelingsperiode en de bevoegdheid van de schuldeiser tot verhaal op en opeising van goederen van de schuldenaar niet kan worden uitgeoefend. Het is niet duidelijk of bewust aansluiting bij art. 63a is gezocht en of jurisprudentie betreffende deze insolventie-afkoelingsperiode dus van belang is.²⁰³

In art. 63a gaat het eveneens om ‘goederen’. Het betreft hier goederen in de zin van art. 3:1 BW.²⁰⁴ Verdedigbaar is dat hier ook vermogensrechten onder vallen, zoals rechten uit een (huur)overeenkomst (art. 3:6 BW).²⁰⁵ De Hoge Raad heeft dit ten aanzien van het begrip ‘goederen’ bij onderbewindstelling (art. 1: 431 BW) in die zin beslist.²⁰⁶ Mede daarom mag worden aangenomen dat een moratorium ex art. 5 Wgs ziet op tenuitvoerlegging van ontruimingsvonnissen. Hetzelfde lijkt te gelden voor rechten uit een overeenkomst tot levering van gas, water, elektriciteit of warmte (een nutsvoorziening). Dit zou betekenen dat een afkoelingsperiode ook een voorgenomen afsluiting van een nutsvoorziening betreft. Duidelijk is dit echter niet.

In de literatuur bestaat geen eenstemmigheid over de vraag of een schuldeiser tijdens de afkoelingsperiode zijn bevoegdheid tot verrekening behoudt.²⁰⁷ Aangenomen mag worden dat dit tijdens de afkoelingsperiode ex art. 5 Wgs het geval is, aangezien dit uitdrukkelijk in de hiervoor geciteerde toelichting is vermeld.

Het is niet duidelijk of de afkoelingsperiode kan zien op een (voorgenomen) gijzeling of inhouding van het rijbewijs door de officier van justitie (op grond van de Wet Mulder), of op de executie van een vervangende hechtenis ex art. 24c Wetboek van Strafrecht.²⁰⁸ Van een duidelijke en doordachte formulering van dit brede moratorium is derhalve geen sprake.

Een ander bezwaar is dat het op grond van art. 5 Wgs niet mogelijk lijkt om op maat gesneden maatregelen te treffen. Op grond van de tekst is het immers niet mogelijk om gedeeltelijke opschorting of schorsing van executiemaatregelen te bevelen.

In art. 5 lid 2 Wgs is het beoordelingscriterium opgenomen. Dit criterium luidt dat een moratorium (afkoelingsperiode) slechts kan worden afgekondigd indien dat noodzakelijk is in het kader van schuldhelpverlening en als is voldaan aan de bij algemene maatregel van bestuur (AMvB) gestelde voorwaarden. Deze AMvB is er, zoals opgemerkt, nog niet.

Het gaat dus om de begrippen schuldhelpverlening en noodzakelijk. Schuldhelpverlening is in art. 1 Wgs als volgt gedefinieerd: ‘het ondersteunen bij het vinden van een adequate oplossing gericht op de aflossing van schulden indien redelijkerwijs is te voorzien dat een natuurlijke persoon niet zal kunnen

203 Zie ook Poelman 2011, p. 8.

204 Van der Aa, diss. 2007, p. 51 en 104 en Wessels Insolventierecht II (1) 2012/2617.

205 Wessels Insolventierecht II (1) 2012/2620. Van der Aa, diss. 2007, p. 110 meent dat dit ook geldt voor de afkoelingsperiode van art. 63a. De literatuur is overigens verdeeld, zie voor een overzicht Van der Aa, diss. 2007, p. 53.

206 HR 7 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:525, *WR* 2014/69 m.nt. G.J. Scholten.

207 Van der Aa, diss. 2007, p. 104 e.v. en Faber 2005, p. 514 en 515.

208 Een voorziening ex art. 287 lid 4 is wel mogelijk.

voortgaan met het betalen van zijn schulden of indien hij in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, alsmede de nazorg'. Dit is een ruime definitie. De fase waarin nog niet aan een schuldregeling wordt gewerkt (de stabilisatiefase) zou daar eveneens onder geschaard kunnen worden. In de toelichting op het amendement (dat aan art. 5 Wgs ten grondslag ligt) staat echter dat het aannemelijk moet zijn dat het moratorium bijdraagt aan de totstandkoming van een schuldregelingsvoorstel. Het lijkt erop dat Sterk en Spekman menen dat het moratorium niet tijdens de stabilisatiefase kan worden ingezet.²⁰⁹ Duidelijk is dit echter niet en dus prevaleert hier de tekst, op grond waarvan niet is uit te sluiten dat ook tijdens een stabilisatiefase een moratorium wordt ingezet.

Verder moet het moratorium 'noodzakelijk' zijn. Uit de tekst van de toelichting kan worden afgeleid dat hiermee wordt bedoeld dat het moratorium als 'ultimum remedium' beschouwd moet worden.²¹⁰ Poelman meent dat hier het subsidiariteitsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel van belang zijn.²¹¹ Het subsidiariteitsbeginsel houdt in dat het moratorium een laatste redmiddel moet zijn. In elk geval moet duidelijk zijn dat het niet mogelijk is om langs andere wegen (bijvoorbeeld via overleg of compromis) tot een passende oplossing voor de schuldenaar te komen. Dit blijkt ook uit de toelichting op het amendement, waar erop gewezen wordt dat de schuldhulpverlener moeite moet hebben gedaan om schuldeisers te overtuigen om hun invorderingsmaatregelen op te schorten.²¹² Hier zij aan toegevoegd dat ook naar een compromis met die schuldeisers gezocht kan worden. Het door Poelman genoemde proportionaliteitsbeginsel houdt volgens hem in dat een terughoudend gebruik gemaakt moet worden van dit middel, wat inhoudt dat de rechtbank naar de belangen van de schuldeisers moet kijken. Poelman denkt hier (ook) aan de duur van het moratorium. Dit lijkt mij juist. Het gaat dus om een belangenafweging. De omvang en duur van het moratorium kunnen een uitdrukking zijn van die belangenafweging. Dit wil zeggen dat het belang van de betrokken schuldeiser zodanig kan meewegen dat dit leidt tot een korter durend moratorium, of een beslissing waarbij de bevoegdheden van die schuldeiser gedeeltelijk worden beperkt en/of worden gekoppeld aan het betalen door de schuldenaar van de lopende verplichting. Dit laatste volgt overigens al uit de toelichting. In die toelichting staat dat als een schuldenaar tijdens de afkoelingsperiode niet aan zijn verplichtingen voldoet, het moratorium vervalt. Het is niet duidelijk om welke verplichtingen het gaat. Aangenomen moet worden dat het om verplichtingen gaat die de rechter oplegt bij het afkondigen van de afkoelingsperiode (het moratorium). Het zal veelal gaan om de verplichting om de genoemde doorlopende verplichtingen uit duurovereenkomsten na te komen. Dit betekent dat het moratorium moet worden afgewezen als er geen vooruitzicht bestaat dat die verplichtingen daadwerkelijk nagekomen zullen worden. In die zin is de gelijkenis met 287b groot. Een verschil is dat een moratorium minder als een 'ultimum remedium' en meer als een in beginsel aan de schuldenaar toekomend recht wordt gezien.

209 Poelman 2011, p. 8.

210 Zie ook interview met voormalige Tweede Kamerlid Sterk in *De Gerechtsdeurwaarder* 2011, nr. 6, p. 4.

211 Poelman 2011, p. 9.

212 Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 291, nr. 49.

Wat de procedurele kant van de zaak betreft, kan het volgende worden opgemerkt.

Het gaat om een verzoekschrift. Welk procesrecht in dezen geldt, is niet bepaald. Het lijkt de bedoeling dat de AMvB op het punt van de toepasselijke procesregels nadere bepalingen zal bevatten, maar dit is niet nodig omdat art. 261 lid 1 Rv bepaalt dat titel 3 van toepassing is op alle zaken die met een verzoekschrift moeten worden ingediend.²¹³ Een verzoek ex art. 5 Wgs kan worden beschouwd als een verzoekschrift in de zin van art. 261 lid 1 Rv, omdat het bij art. 5 Wgs gaat om de (proces)rechtsverhouding tussen burgers en (burgerlijke) rechtspersonen.²¹⁴ Dit betekent onder meer dat er een mondelinge behandeling van de verzoeken moet plaatsvinden waarbij de rechtbank belanghebbenden oproept. Volgens Poelman zouden dan alle schuldeisers moeten worden opgeroepen.²¹⁵ Dat lijkt niet juist en niet nodig. Meer waarschijnlijk is dat slechts de schuldeisers die getroffen worden door het moratorium verplicht moeten worden opgeroepen, dat wil zeggen de schuldeisers die beslag hebben gelegd of van wie bekend is dat zij een executoriale titel daartoe hebben. Een mondelinge behandeling acht ik telkens nodig. Aanstondse toewijzing van het verzoek ex art. 279 lid 1 Rv, ligt immers niet voor de hand. Verder worden regels van bewijsrecht geacht van toepassing te zijn, kan een tegenverzoek worden gedaan en kan een proceskostenveroordeling worden uitgesproken. Interessant is ook de vraag of het verzoek door een advocaat moet worden ondertekend (art. 278 lid 3 Rv). Dit lijkt niet de bedoeling. Het verzoekschrift wordt ingediend bij de rechtbank. Dat geldt ook voor 287b- en 287 lid 4-verzoeken. Deze worden kennelijk door de insolventierechter behandeld omdat deze bepalingen in de Faillissementswet zijn opgenomen. Het ligt voor de hand dat de verzoeken ex art. 5 Wgs ook door die insolventierechter behandeld gaan worden, maar daarover is niets bepaald of bekend. Het verzoek kan alleen worden ingediend door het college van B&W. Aangenomen moet worden dat dit college de bevoegdheid aan schuldhulpverlenende instellingen kan overdragen. Maar ook daarover is niets bekend.

2.5 Insolventieprocesrecht

2.5.1 Inleiding

In deze paragraaf breng ik de specifieke uitgangspunten en bijzondere kenmerken (ook te noemen: het systeem en de aard) van het insolventieprocesrecht in kaart.

Het faillissement, de schuldsaneringsregeling en de (verder niet te bespreken) surseance van betaling zijn in wezen elk een eigen procedure.²¹⁶ Dit wil zeggen dat zij elk een procedure beschrijven. De Faillissementswet kent een eigen stelsel van regels die deze procedures regelen: insolventieprocesrecht. Daarnaast zijn in

²¹³ Poelman 2011, p. 9.

²¹⁴ Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 2.

²¹⁵ Poelman 2011, p. 10.

²¹⁶ R.J. van Galen wijst hier terecht op in 'Enkele procedurele opmerkingen over het faillissement', *WPNR* 2001, 6463. Hij vermeldt dat in de Verenigde Staten wordt gesproken van bankruptcy proceedings en in Duitsland van Insolvenzverfahren. Het procesrechtelijk karakter blijkt in die landen aldus reeds uit de naamgeving.

de Faillissementswet enkele bepalingen van materieelrechtelijke aard te vinden. Genoemd kunnen worden de bepalingen dat huurovereenkomsten en arbeids-overeenkomsten, in afwijking van regelingen in het Burgerlijk Wetboek, op korte termijn kunnen worden opgezegd (art. 39 en 40) en de bepalingen omtrent verrekening in art. 53 en 54. Het insolventierecht wijkt daarmee af van het burgerlijk recht dat is gesplitst in het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Afsplitsing van insolventieprocesrecht van het burgerlijk procesrecht werd bij de totstandkoming van de Faillissementswet (1893) en tegenwoordig door sommige schrijvers zeer onpraktisch en daarom onwenselijk geacht.²¹⁷

In art. 362 is de toepasselijkheid van titel 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering uitgesloten voor procedures ingevolge de Faillissementswet. Titel 3 bevat een regeling voor de verzoekschriftprocedures. Het insolventierecht is daarmee het enige tot het burgerlijke recht te rekenen rechtsgebied met een eigen, niet in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geregeld procesrecht.²¹⁸ Dit neemt niet weg dat het insolventieprocesrecht de in par. 2.2 beschreven functies van burgerlijk procesrecht vervult. Het gaat hierbij om de volgende functies: rechtsverschaffing, de dreiging die van mogelijke toepassing uitgaat, het voorkomen van eigenrichting en, ten slotte, om de rechtsontwikkelings- en rechtseenheidsfunctie. In par. 2.2 is aangegeven dat het voorkomen van eigenrichting bij de art. 287 lid 4, 287a en 287b niet of nauwelijks een rol speelt; maar voor het insolventieprocesrecht als zodanig is dat wel het geval. Met een faillissement (of schuldsaneringsregeling) wordt immers op geordende wijze het vermogen van de schuldenaar te gelde gemaakt en verdeeld onder zijn schuldeisers. Het insolventieprocesrecht wordt daarentegen niet beheerst door alle in par. 2.3 genoemde hoofdbeginselen van burgerlijk procesrecht. Het belangrijkste hoofdbeginsel, het beginsel van hoor en wederhoor, is bijvoorbeeld niet steeds leidend in procedures ingevolge de Faillissementswet, reeds omdat het insolventieprocesrecht een aantal bepalingen voor (eventueel ambtshalve) te treffen ordemaatregelen kent. Het in art. 24 Rv neergelegde beginsel dat de rechter de zaak onderzoekt en beslist op de grondslag van hetgeen partijen aan hun verzoek of verweer ten grondslag hebben gelegd, tenzij uit de wet anders voortvloeit, geldt evenmin (voluit) in het insolventieprocesrecht. Dit wordt in par. 2.5.5 nader uitgewerkt.

2.5.2 *Wetgever, literatuur en insolventieprocesrecht*

In deze paragraaf wordt nagegaan hoe de wetgever, de rechtswetenschap en de literatuur het insolventieprocesrecht zien en waarom de toepassing van titel 3 voor insolventieprocedures is uitgesloten.

De verkorting van de duur van de afwikkeling van faillissementen was één van de doelstellingen van de wetgever bij de opstelling van de Faillissementswet in 1893.²¹⁹ De '1893-wetgever' heeft daarom voor wat betreft het procesrecht

217 M. Ynzonides, 'Faillissements- versus burgerlijk procesrecht', *TvI* 2004, 60, p. 301 en Wessels Insolventierecht I/1048.

218 Titel 3 geldt evenmin ten aanzien van art. 16 van de Wet schadefonds geweldsmisdrijven, maar dat kan niet als een apart rechtsgebied worden beschouwd.

219 Van der Feltz I 1897, p. 21.

van de Faillissementswet getracht met een ‘... zeer summieren rechtsgang en steeds bij verzoekschrift voor te schrijven, eene spoedige afdoening en eindbeslissing ook bij hogere colleges te verzekeren’.²²⁰ Dit werd noodzakelijk geacht, nu het faillissement ingrijpt in veel rechtsbetrekkingen. Zo kan de schuldenaar werknemers in dienst hebben of huurder zijn. Omwille van de rechtszekerheid voorziet de Faillissementswet in snelle procedures met korte termijnen.²²¹ Langdurige onzekerheid omtrent de vraag of een schuldenaar al dan niet (terecht) in staat van faillissement is verklaard, moet worden voorkomen. Daarom zijn in diverse wetsbepalingen van de Faillissementswet korte termijnen terug te vinden (zie hierna par. 2.5.4). Ook anderszins is ernaar gestreefd de afwikkeling van het faillissement eenvoudig te houden. In de toelichting bij art. 67, dat hoger beroep openstelt van beschikkingen van de rechter-commissaris, is bijvoorbeeld vermeld dat het hoger beroep bij de rechtbank moet worden ingediend omdat dat met minder tijdverlies gepaard gaat. Tevens wordt van een aantal beschikkingen van de rechter-commissaris bepaald dat daartegen geen rechtsmiddel openstaat omdat anders ‘... de geregelde loop van zaken telkens aan onderbreking bloot’ zou staan.²²²

In het kader van de herziening van de verzoekschriftprocedure in eerste aanleg in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering per 1 januari 2002 heeft de wetgever onderzocht of het insolventieprocesrecht zijn eigen positie diende te behouden. Na overleg met de Adviescommissie voor het Burgerlijk Procesrecht en de Orde van Advocaten heeft de wetgever ervan afgezien de Faillissementswet onder de werking van de nieuwe regeling voor verzoekschriften te brengen, omdat het insolventieprocesrecht als te zeer afwijkend werd gezien.²²³ Deze keus is niet nader toegelicht of uitgewerkt. Verwezen is slechts naar ‘de specifieke rechtsgang’ die in de Faillissementswet is neergelegd.²²⁴

Dit overziende, rijst de vraag of de bijzondere aard van het insolventieprocesrecht tegenwoordig nog in de weg staat aan toepasselijkverklaring van (delen van) het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering op procedures ingevolge de Faillissementswet. Anders dan in 1893 kent het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering immers een (volwaardige) verzoekschriftprocedure.²²⁵ Deze vraag laat ik in het vervolg echter rusten, omdat dit onderzoek zich beperkt tot de art. 287 lid 4, 287a en 287b. Nader onderzoek naar voornoemde vraag is echter wel degelijk gewenst.

De uitsluiting van de toepasselijkheid van titel 3 in art. 362 lid 2 betekent niet dat in de Faillissementswet nimmer naar bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wordt verwezen. We zagen in hoofdstuk 1 reeds dat art. 287 lid 4 een dergelijke verwijzing bevat. De ‘1893-wetgever’ heeft in art. 66 enkele bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van overeenkomstige toepassing verklaard. In art. (314 lid 2 j°) 66 is geregeld dat de rechter-commissaris gerechtigd is ‘ter opheldering van alle omstandigheden het

220 Van der Feltz I 1897, p. 282.

221 Groot 2011, p. 4.

222 Van der Feltz II 1897, p. 6.

223 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo & Bart, p. 75. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 824, nr. 3, p. 11.

224 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo & Bart, p. 75 (*Kamerstukken II*, 2000/01, 27 824, nr. 3, p. 2 en 3).

225 De noodzaak van korte (beroeps)termijnen sec lijkt niet voldoende om die uitsluiting te rechtvaardigen, zie M. Ynzonides, ‘Faillissements- versus burgerlijk procesrecht’, *TvI* 2004, 60, p. 301.

faillissement betreffende, getuigen te horen of een onderzoek van deskundigen te bevelen'. Deze bevoegdheden zijn de rechter-commissaris toegekend omdat het horen van getuigen of het bevelen van een deskundigenonderzoek bij uitstek een rechterlijke taak is.²²⁶ In art. 66 is een beperkt aantal bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering over het horen van getuigen van overeenkomstige toepassing verklaard. Het is niet duidelijk hoe en waarom de wetgever tot deze keus is gekomen. En betekent dit dat – a contrario – de overige bepalingen uit dat wetboek aangaande het horen van getuigen van toepassing zijn uitgesloten?

De Hoge Raad heeft in 1994 geoordeeld dat de tekst en de geschiedenis van art. 66 niet nopen tot de opvatting dat uitsluitend die bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van overeenkomstige toepassing zijn waarvan dit met zoveel woorden in art. 66 lid 2 en 3 is bepaald.²²⁷ Wessels stemt met dit oordeel in en wijst er onder meer op dat de rechter-commissaris in voorkomende gevallen een in het buitenland wonende getuige zal willen horen (art. 176), een proces-verbaal van het verhoor zal (doen) opmaken (art. 180) en de schadeloosstelling van de gehoorde getuige zal willen vaststellen (art. 182).²²⁸

De Rechtbank Groningen acht art. 179 Rv van overeenkomstige toepassing op het verhoor ex art. 66 Fw, zodat (middellijke) bestuurders van de gefailleerde vennootschappen, die door de curator ex art. 2:248 BW aansprakelijk zijn gesteld, bevoegd zijn het getuigenverhoor bij te wonen.²²⁹

Naar bepalingen betreffende een onderzoek van deskundigen, art. 221 Rv e.v., wordt in art. 66 in het geheel niet verwezen. Wessels neemt aan dat deze van overeenkomstige toepassing zijn.²³⁰

Hier kan mee worden ingestemd. De conclusie is dan dat bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in beginsel van overeenkomstige toepassing kunnen zijn.

Een ander aspect is dat niet specifiek het insolventieprocesrecht, maar het insolventierecht in het algemeen sinds de invoering van de schuldsaneringsregeling (in 1998) meer schuldsaneringsrecht is geworden, en daarmee op het terrein van het 'sociaal recht' is gekomen. Sociaal recht, hier niet in de zin van het sociaalzekerheidsrecht en het arbeidsrecht, maar in de zin van recht dat de Nederlandse verzorgingsstaat (of participatiesamenleving) regelt. Dit kan als volgt worden toegelicht. Het voorkomen en oplossen van problematische schulden wordt reeds lange tijd als een overheidstaak beschouwd. Met de invoering van de Wet Gemeentelijke Schuldhulpverlening is dit geformaliseerd. Blijkens haar memorie van toelichting is het oplossen van problematische schulden een middel om de participatie van burgers te vergroten.²³¹ Problematische schulden moeten zoveel mogelijk voorkomen, dan wel opgelost worden. De maatschappelijke kosten van schulden zijn immers hoog: armoede, sociale uitsluiting, huisuitzetting, onverzekerbaarheid, afsluitingen van nutsvoorzienin-

²²⁶ Molengraaff 1898, p. 262.

²²⁷ HR 11 februari 1994, *NJ* 1994/336.

²²⁸ Wessels 2009, p. 53-60.

²²⁹ Rb. Groningen 26 november 2004, *JOR* 2005, 49.

²³⁰ Wessels 2009, p. 53-60.

²³¹ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 291, nr. 3, p. 1.

gen. De wettelijke schuldsaneringsregeling moet tegen die achtergrond worden gezien als een (ultiem) middel om problematische schulden op te lossen en de participatie van burgers te vergroten.

Reeds bij de invoering van de Faillissementswet, in 1896, kon al niet worden volgehouden dat het insolventierecht enkel en alleen de vereffening en verdeling van vermogen van schuldenaren ten behoeve van schuldeisers tot doel had. De gefailleerde kon (en kan) immers een ontwerp van een akkoord aan zijn (concurrente) schuldeisers aanbieden dat kan worden goedgekeurd door de rechtbank, indien dit bij gekwalificeerde meerderheid door hen is aangenomen. Daarmee is het jegens de niet-instemmende (concurrente) schuldeisers een dwangakkoord. Ook kon (en kan) uitstel van betaling worden verkregen door ondernemers: de surseance van betaling. Deze insolventieprocedure is niet gericht op de vereffening en verdeling van vermogen. Het voorgaande neemt niet weg dat met de invoering van de wettelijke schuldsaneringsregeling (in 1998) een grote stap werd gezet richting het terrein van het sociaal recht (in voornoemde zin). Het insolventierecht is sindsdien (nog) minder een loutere vereffening van het vermogen ten behoeve van de schuldeisers; maar dient ook bij te dragen aan het oplossen van problematische schulden. Een schone lei is voor iedere particuliere schuldenaar een optie zo niet een recht. Bovendien kan in de schuldsaneringsregeling een rechterlijk dwangakkoord tot stand komen waarbij de vereiste stemverhouding ten opzicht van het faillissement aanmerkelijk is versoepeld, met als finale ‘escape’ dat de rechter-commissaris – indien het akkoord niet is aangenomen – het akkoord kan vaststellen als ware het aangenomen (art. 332 lid 4). Een vrijwel gelijklopende versoepeling werd in 2005 doorgevoerd in het faillissement. De drie hier te onderzoeken, in 2008 ingevoerde, wetsartikelen versterken het sociaalrechtelijke karakter van het insolventierecht, omdat zij gericht zijn op de (particuliere) schuldenaar die zich in een noodsituatie bevindt.

Het gevolg van deze ontwikkelingen is dat de schuldenaar steeds meer centraal is komen te staan, ten koste van de positie van de schuldeisers. Hierna zal blijken dat dit van invloed is op het systeem en de aard van het insolventieprocesrecht.

De wetgever lijkt de eigen positie van het procesrecht in de Faillissementswet anno 2013 min of meer uit het oog te zijn verloren. In de eind 2013 gedane eerste concept-voorstellen tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering met het oog op de digitalisering van het burgerlijk proces (project KEI) valt geen enkele verwijzing naar de Faillissementswet te vinden.²³² Wel heeft de minister in zijn brief van 27 juni 2013 aan de Tweede Kamer aangegeven voornemens te zijn de faillissementsprocedures te moderniseren.²³³ Uitgangspunt daarbij is dat de procedure efficiënter en transparanter moet worden. Daarnaast moet de procedure voldoen aan de eisen van de moderne en digitale tijd en binnen een behoorlijke termijn kunnen worden afgewikkeld. Uit de toelichting op dit voornemen moet worden afgeleid dat een uniformering van het procesrecht door toepassing van (delen van) het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering niet aan de orde is, maar dat het om een voortzetting van de

²³² Zie www.internetconsultaties.nl.

²³³ *Kamerstukken II* 2012/13, 33 695, nr. 1.

geïsoleerde ontwikkeling van het procesrecht gaat. In februari 2014 herhaalt de minister zijn voornemen.²³⁴ Voorts heeft de minister op 22 oktober 2013 een conceptwetsvoorstel ter consultatie ingebracht strekkende tot invoering van de zogeheten pre-pack dat wil zeggen de mogelijkheid tot het benoemen van een voorgenomen (stille) curator.²³⁵ Kern van dit voorstel is de introductie van een nieuwe titel (titel IV) getiteld ‘<Buiten faillissement en surseance van betaling>’ bij de Faillissementswet. Opvallend is dat deze nieuwe titel wordt geplaatst na art. 362, zodat de indruk wordt gewekt dat op de geïntroduceerde titel IV de bepalingen inzake de verzoekschriftprocedure van titel 3 integraal van toepassing zijn (volgens de hoofdregel van art. 261 Rv); maar uit de toelichting bij dit conceptwetsvoorstel blijkt niet dat de minister zich hiervan rekenschap heeft gegeven. Dit bevreemdt, nu hij juist van plan is het insolventieprocesrecht te moderniseren.

In de literatuur is weinig aandacht voor het insolventieprocesrecht. Van Mierlo meent dat art. 362 lid 2 aldus gelezen moet worden dat bepalingen uit (titel 3 van) het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering niet (analogisch) van toepassing zijn, tenzij de bijzondere aard van de procedure daaraan niet in de weg staat.²³⁶ Wessels neigt – wat voorzichtiger – ook naar dit standpunt.²³⁷ Polak wijst erop dat, zo daarvoor aanleiding zou zijn, de regels van de verzoekschriftprocedure analogisch kunnen worden toegepast.²³⁸ Giacometti-Vermeer en Yznoides hebben in 2008 gepleit voor integrale toepasselijkverklaring van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering op de procedures ingevolge de Faillissementswet, met dien verstande dat voor bepaalde procedures afwijkende bepalingen moeten worden opgenomen.²³⁹ Wessels heeft in 2005 een ander voorstel gedaan. Nadat hij heeft gewezen op de nadelen van de geïsoleerde plaats van het insolventieprocesrecht in de Faillissementswet en haar geïsoleerde ontwikkeling, deed hij de suggestie het insolventieprocesrecht in het derde boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (‘Van rechtspleging van onderscheiden aard’) op te nemen.²⁴⁰ Dit heeft, aldus Wessels, het voordeel dat in beginsel alle bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing zijn.

Dat het insolventieprocesrecht in de rechtswetenschap anno 2013 van de radar lijkt te zijn verdwenen kan blijken uit het voorstel dat Vriesendorp, Hermans en De Vries in april 2013 deden.²⁴¹ Dit voorstel bepleit de uitbreiding van de Faillissementswet met een titel IV, inhoudende een regeling voor de sanering van schulden van rechtspersonen buiten faillissement of surseance van betaling. In dit voorstel valt op dat deze titel – evenals in het hiervoor genoemde wetsvoorstel voor de invoering van de figuur van de voorgenomen (stille) curator – volgt

234 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 695, nr. 4, p. 18.

235 Voorontwerp continuïteit ondernemingen I, zie www.internetconsultaties.nl

236 Van Mierlo acht, gelet op de uitspraak van Hof Arnhem 31 maart 2003 *JBP* 2004/2, verdedigbaar dat titel 3 niet van toepassing is op verzoeken ingevolge de Faillissementswet, tenzij de bijzondere aard van de procedure daaraan niet in de weg staat (Van Mierlo 2014, (T&C Rv), art. 261 Rv, aant. 5). Polak 2008, p. 362.

237 Wessels I/1260 en 1261.

238 Polak 2014, p. 470.

239 W.G.L. Giacometti-Vermeer & M. Yznoides, ‘Het voorontwerp Insolventiewet bezien vanuit procesrechtelijk oogpunt’, *TvI* 2008, 10.

240 B. Wessels, ‘Tegen een geïsoleerd insolventieprocesrecht’, *NTBR* 2005, 12, p. 64 en 65.

241 R.D. Vriesendorp, R.M. Hermans & K.A.J. de Vries, ‘Wetsvoorstel tot aanpassing van de Faillissementswet door uitbreiding met titel IV’, *TvI* 2013, 20.

op art. 362. Het lijkt er dan op dat op die voorgestelde titel IV de verzoekschriftprocedure van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (titel 3) van toepassing is. Uit het voorstel en de toelichting daarop moet worden afgeleid dat dat niet de bedoeling is. Het voorstel bevat namelijk allerlei bepalingen waarvoor titel 3 juist reeds een regeling biedt, maar van een bewuste keuze lijkt geen sprake.

De tussenconclusie is dat de wetgever er bewust voor heeft gekozen dat de Faillissementswet een eigen procesrecht heeft. Dit betekent niet dat bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering nimmer van toepassing zijn. De wetgever verwijst op enkele plaatsen expliciet naar bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, bijvoorbeeld in art. 66 en 287 lid 4. Daarnaast is analogische toepassing volgens de Hoge Raad toegestaan zonder dat duidelijk is in welke gevallen dat dan mogelijk is. Deze kwestie wordt hierna onderzocht.

Het insolventieprocesrecht lijkt met de invoering van de schuldsaneringsregeling van karakter te zijn veranderd, in die zin dat de schuldenaar meer centraal is komen te staan. Dit wordt hierna verder onderzocht. Ten slotte is vastgesteld dat wetgever, rechtswetenschap en literatuur weinig aandacht hebben voor de geïsoleerde plaats die het insolventieprocesrecht inneemt en wat hiervan de gevolgen zijn.

2.5.3 *De uitsluiting van de toepasselijkheid van titel 3 (art. 362)*

2.5.3.1 RECHTSPRAAK: ANALOGISCHE TOEPASSING VAN GEVAL TOT GEVAL

Het procesrecht in de Faillissementswet vertoont lacunes. De rechter worstelt daarom van tijd tot tijd met de vraag of bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (waaronder die uit titel 3) analogisch kunnen worden toegepast.²⁴² Dit bleek reeds in de vorige paragraaf, bij de bespreking van art. 66 aangaande het horen van getuigen in faillissementen.

Hoe gaat de rechter met deze lacunes om? Ter beantwoording van die vraag worden de rechtspraak van de Hoge Raad en drie uitspraken van gerechtshoven geanalyseerd.

De Hoge Raad lijkt niet consequent te zijn als het gaat om de vraag of bepalingen uit titel 3 zich lenen voor analogische toepassing in procedures ingevolge de Faillissementswet. In een arrest van 12 oktober 2007 betreffende een verzoek tot omzetting van een faillissement in een schuldsaneringsregeling overweegt hij: '3.4.1. Art. 3 lid 1 schrijft niet voor op welke wijze de verzending van de evenbedoelde brief door de griffier dient te geschieden. Waar in onderdeel 1 wordt betoogd dat het hof de voorschriften van art. 261, 271 en 291 Rv. heeft miskend, ziet het eraan voorbij dat de toepasselijkheid van de derde titel van het eerste boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in art. 362 lid 2 F. voor verzoeken ingevolge de Faillissementswet is uitgesloten, hetgeen ook aan analogische toepassing in de weg staat.'²⁴³

²⁴² Voor een overzicht, zie ook Wessels Insolventierecht I 2012/1259-1261.

²⁴³ HR 12 oktober 2007, *LJN* BA7958, *NJ* 2007/622.

Dat lijkt duidelijk: geen analogische toepassing. Hierbij zij opgemerkt dat de Hoge Raad bij de vraag hoe een schuldenaar door de griffier moet worden gewezen op de mogelijkheid van het indienen van een Wsnp-verzoek (art. 3) kon teruggrijpen op een regeling die de Faillissementswet wel kende, te weten het op art. 6 lid 1 gebaseerde Besluit van 27 januari 1926, Stb. 14 (regelende de oproeping van de schuldenaar voor de behandeling van een faillissementsaanvraag).²⁴⁴

Een jaar later, op 11 april 2008, paste de Hoge Raad in een andere schuldsaneringszaak een bepaling van titel 3 wel analogisch toe. Het ging in die zaak om de vraag of in een procedure tot ontneming van een eerder verleende schone lei (art. 358a) de schuldenaar in de proceskosten kon worden veroordeeld. De Faillissementswet zwijgt hierover. De Hoge Raad overwoog eerst dat de rechter volgens (eigen) vaste rechtspraak, onder het voor 1 januari 2002 geldende recht, in een verzoekschriftprocedure waarvoor de regeling in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering niet gold, een veroordeling in de proceskosten kon uitspreken en dat deze mogelijkheid ook bestaat in een procedure tot faillietverklaring.²⁴⁵ De Hoge Raad nam vervolgens aan dat dit oordeel eveneens geldt met betrekking tot andere procedures ingevolge de Faillissementswet. De wetgever heeft met de invoering van art. 362 namelijk niet aangegeven te willen breken met genoemde rechtspraak, aldus de Hoge Raad, die vervolgens oordeelde dat daarom aangenomen moet worden: '(...) dat het bepaalde in art. 362 lid 2 F. niet eraan in de weg staat dat overeenkomstig het bepaalde in art. 289 Rv. en met overeenkomstige toepassing van art. 362 Rv. ook in hoger beroep, een uitspraak op een verzoek ingevolge de Faillissementswet een veroordeling in de proceskosten kan inhouden'.²⁴⁶ Uit deze redenering en de geciteerde overweging volgt dat de rechter niet alleen in een procedure tot ontneming van de schone lei ex 358a, maar in alle procedures ingevolge de Faillissementswet een proceskostenveroordeling kan uitspreken; ongeacht of daarvoor in de Faillissementswet een regeling bestaat.²⁴⁷ De advocaat-generaal Keus volgde in zijn conclusie voor dit arrest een andere, vermeldenswaardige redenering. Hij wees erop dat art. 78 lid 1 Rv bepaalt dat de tweede titel van het eerste boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing is op alle zaken waarop titel 3 niet van toepassing is. Dit art. 78 Rv vermeldt dat dit niet geldt voorzover daarop een andere, bijzondere wettelijke regeling van toepassing is. Omdat de procedure van art. 261 Rv e.v. (titel 3) niet van toepassing is en evenmin een regeling aanreikt met betrekking tot de mogelijkheid van een proceskostenveroordeling concludeerde de advocaat-generaal dat in de onderhavige (en in wezen contradictoire) zaak een proceskostenveroordeling op de voet van art. (353 j°) 237 Rv mogelijk is. Deze redenering lijkt niet juist. Titel 3 is immers juist niet van toepassing op procedures ingevolge de Faillissementswet, omdat deze wet een eigen procesrecht kent met van het gewone procesrecht afwijkende regels. Dit betekent derhalve dat art. 78 lid 1 Rv niet van toepassing is.

244 Eveneens door de Hoge Raad toegepast ter zake van een oproeping als bedoeld in art. 350 lid 2. Zie HR 19 januari 2001, *LJN* AA9561, *NJ* 2001/232.

245 HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998/68.

246 HR 11 april 2008, *LJN* BC2721, *NJ* 2008/221.

247 HR 13 maart 1992, *NJ* 1993/96, m.nt. H.J. Snijders.

Verder kan een uitspraak van de Hoge Raad van 11 oktober 2013 worden genoemd. In deze zaak had de curator in cassatie een verweerschrift ingediend. Het griffierecht was echter te laat betaald. Op grond van art. 282a lid 3 j° 427b Rv zou dat verweerschrift niet bij de beslissing op het cassatieverzoek betrokken kunnen worden. De curator voerde aan dat die bepalingen ingevolge art. 362 lid 2 Rv niet van toepassing zijn. De Hoge Raad oordeelde echter dat het bepaalde in art. 362 lid 2 niet in de weg staat aan overeenkomstige toepassing van het bepaalde in art. 282a lid 3 j° 427b Rv.²⁴⁸

In voornoemde uitspraken van 11 april 2008 en 11 oktober 2013 heeft de Hoge Raad bepalingen van titel 3 analogisch toegepast. Gesteld zou kunnen worden dat dit niet in strijd is met art. 362 lid 2, omdat die bepaling alleen ziet op procedures in eerste aanleg. Dit kan als volgt worden toegelicht. Per 1 januari 2002 zijn de bepalingen omtrent hoger beroep van beschikkingen van titel 3 afgesplitst. De bepalingen omtrent hoger beroep en beroep in cassatie zijn sinds 2002 opgenomen in de vierde afdeling van titel 7 (art. 358-362 Rv, betreffende hoger beroep) en de vijfde afdeling van titel 11 (art. 426-429 Rv, beroep in cassatie). Art. 362 lid 2 zegt door deze wijziging alleen iets over de niet-toepasselijkheid van de voorschriften in eerste aanleg. Nu dit evenmin uit de wetsgeschiedenis blijkt, is niet duidelijk of de art. 358-362 Rv (hoger beroep) en de art. 426-429 Rv (beroep in cassatie) van toepassing zijn op procedures ingevolge de Faillissementswet.

Volgens advocaten-generaal Langemeijer en Wesseling-van Gent kan verdedigd worden dat de art. 358-362 Rv niet van toepassing zijn.²⁴⁹ Uit het genoemde arrest van 11 oktober 2013 kan worden afgeleid dat de Hoge Raad deze mening ten aanzien van art. 426-429 Rv eveneens is toegedaan. Maar een overweging of toelichting terzake ontbreekt.

In een uitspraak van 22 december 2006 lijkt de Hoge Raad echter anders te beslissen. Er was in die zaak hoger beroep ingesteld van een beschikking van de rechtbank waarbij een beroep op (relatieve) onbevoegdheid ter zake van een faillissementsverzoek was verworpen en de beslissing op het verzoek (tot faillietverklaring) was aangehouden.²⁵⁰ Er was hoger beroep ingesteld tegen de verwerping van het onbevoegdheidsverweer. Het hof had verzoekster niet-ontvankelijk verklaard in haar hoger beroep op grond van (analogische toepassing van) art. 270 lid 3 Rv. In dat artikel is bepaald dat geen hogere voorziening is toegelaten van beslissingen waarbij een betwisting van (relatieve) bevoegdheid wordt verworpen of de zaak naar een andere rechter wordt verwezen. De Hoge Raad verklaarde verzoekster niet-ontvankelijk in haar beroep in cassatie, omdat tegen de desbetreffende beschikking van het hof geen beroep in cassatie openstond. Op grond van art. 426 lid 4 j° 401a lid 2 Rv geldt immers dat beroep in cassatie van tussenbeschikkingen (van het hof) slechts openstaat tegelijk met de eindbeschikking. De Hoge Raad paste in deze uitspraak bepalingen uit het

248 HR 11 oktober 2013, ECLI:NL:HR:CA0721. De Hoge Raad had in HR 27 januari 2012, *LJN* BV2020, *NJ* 2012/201 reeds in dezelfde zin geoordeeld.

249 Conclusies voor HR 22 december 2006, *LJN* AZ2724 en HR 20 april 2007, *LJN* BA3413. Hof Arnhem-Leeuwarden 17 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014: 8818 oordeelde onder verwijzing naar de conclusie van Wesseling-van Gent voor het arrest uit 2007 in gelijke zin en oordeelde voorts dat – onder omstandigheden – hoger beroep van een tussenuitspraak (op een faillissementsverzoek) kan worden ingesteld. Zie tevens conclusie AG Langemeijer voor HR 12 juli 2002, *LJN* AE3344, *NJ* 2002/532.

250 HR 22 december 2006, *LJN* AZ2724.

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aangaande beroep in cassatie dus rechtstreeks toe.

De meest recente uitspraak is van 6 juni 2014.²⁵¹ Daarin oordeelde de Hoge Raad dat art. 362 lid 2 er niet aan in de weg staat dat bij de beantwoording van de vraag wie in het kader van een verzoek ingevolge de Faillissementswet als belanghebbende kan worden aangemerkt, zoveel mogelijk aansluiting wordt gezocht bij het begrip ‘belanghebbende’ van art. 282 Rv en de in dat verband ontwikkelde rechtspraak. Hierbij valt (wederom) op dat de Hoge Raad deze regel algemeen formuleert en niet beperkt tot het in die zaak aan de orde zijnde verzoek tot het benoemen van een (voorlopige) commissie uit schuldeisers ex art. 74 en 75.

Het voorgaande laat zien dat de Hoge Raad, ondanks de wisselende rechtspraak en de klarenstoot uit 2007, uiteindelijk geen bezwaren heeft tegen analogische toepassing van de bepalingen van titel 3 op procedures ingevolge de Faillissementswet.²⁵² Overeenkomstige toepassing van art. 289 Rv (proceskostenveroordeling) en art. 282 Rv (oproepen belanghebbende) lijkt in alle procedures toegestaan. Op de vraag of art. 362 lid 2 wel of niet ziet op procedures in hoger beroep en cassatie heeft de Hoge Raad geen uitdrukkelijke beslissing gegeven. Analogische toepassing van bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is blijkens het arrest van 22 december 2006 zelfs mogelijk als het gaat om de vraag of een rechtsmiddel tegen een beslissing openstaat.²⁵³ Het gesloten stelsel van rechtsmiddelen van de Faillissementswet staat hieraan blijkbaar niet in de weg. Analogische toepassing is niet aan de orde, of beter gezegd niet nodig, indien in de Faillissementswet zelf of in een daarop rustende regeling een bepaling of regeling is te vinden die zich voor overeenkomstige toepassing leent.

Het voorgaande toont aan dat de eigen plaats van het insolventieprocesrecht tot problemen leidt, omdat regelmatig blijkt van lacunes. Daarbij rijst telkens de vraag of overeenkomstige toepassing van bepalingen uit titel 3 wel of niet mogelijk is. Dit leidt tot rechtsonzekerheid. Dit kan tevens worden afgeleid uit jurisprudentie van de gerechtshoven op dit punt. Ter illustratie worden tot slot drie uitspraken van de Hoven Arnhem, 's-Gravenhage en Leeuwarden behandeld.

a. Hof Arnhem paste art. 281 Rv (inzake herstel van procureursverzuim, thans advocaatverzuim) toe in een schuldsaneringsprocedure. De ratio van de korte appeltermijn van art. 292 lid 2 is om vertraging in de behandeling van de zaak of bij het doen van uitspraak te voorkomen. Omdat de rectificatie in deze zaak binnen een dag na het verstrijken van de beroepstermijn had plaatsgevonden, was geen enkele vertraging, in voornoemde zin, opgetreden.²⁵⁴ Het hof merkte daarbij wel op dat in het algemeen zeer terughoudend moet worden omgegaan met analogische toepassing van bepalingen uit titel 3 in het kader van de Faillissementswet. Analogische toepassing van art. 281 Rv werd mogelijk geacht omdat die bepaling de weerslag vormt van een algemene rechtsontwikkeling, die

251 HR 6 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1338, *NJ* 2014/299.

252 Volgens Voorontwerp Insolventiewet is er geen reden af te wijken van de regels in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering betreffende de behandeling van verzoekschriften (art. 1.1.5 Vo.).

253 Anders HR 9 december 1983, *NJ* 1984/385, m.nt. WHH.

254 Hof Arnhem 31 maart 2003, *JBP* 2004, 2, m.nt. J.G.A. Linssen.

erop neerkomt dat fouten alleen dan negatieve gevolgen moeten hebben als het belang dat de geschonden norm beoogt te beschermen daadwerkelijk is aangetast.

b. In een arrest van Hof 's-Gravenhage van 12 februari 2009 was de vraag aan de orde of de rechtbank een door de ontvanger ingediend faillissementsverzoek terecht had afgewezen op grond van het feit dat de ontvanger zonder advocaat ter zitting was verschenen. Het hof overwoog dat de Faillissementswet de aanwezigheid van een advocaat bij de behandeling van een faillissementsverzoek niet dwingend voorschrijft. Bij gebreke van een andersluidende regeling zou daarom art. 279 lid 3 Rv overeenkomstig kunnen worden toegepast. Hierin is geregeld dat partijen zonder advocaat ter zitting kunnen verschijnen. Art. 362 lid 2 stond, aldus het hof, niet in de weg aan overeenkomstige toepassing van art. 279 Rv.

c. Voor het instellen van hoger beroep tegen een tussentijdse beëindiging van een schuldsaneringsregeling (art. 350) geldt een korte beroepstermijn. In een zaak uit 2012 had de schuldenaar betoogd dat hij noch de oproep van de rechtbank voor de zitting (waarop de voordracht tot tussentijdse beëindiging werd behandeld), noch het vonnis van de rechtbank had ontvangen. Deze waren per gewone post verzonden. Het Hof Leeuwarden verklaarde de schuldenaar ondanks overschrijding van de beroepstermijn wel ontvankelijk in het hoger beroep.²⁵⁵ Het hof overwoog daartoe dat de wijze van oproepen in art. 350 niet is geregeld en dat voor de wijze van oproepen in gevallen als deze aansluiting dient te worden gezocht bij art. 272 Rv, inhoudende dat de oproeping van niet in de procedure verschenen belanghebbenden geschiedt door de griffier bij aangezekende brief, tenzij de rechter anders bepaalt.²⁵⁶

Uit het voorgaande blijkt dat de hoven evenmin problemen hebben met analogische toepassing van bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. De in de jurisprudentie gemaakte keuzes zijn goed verdedigbaar. Dit neemt niet weg dat deze weliswaar noodzakelijke 'rechtsvinding' niet bijdraagt aan de door partijen verlangde rechtszekerheid.

2.5.3.2 TOEPASSING TITEL 3 BIJ DE PROCEDURES VAN ART. 287 LID 4, 287A EN 287B

In deze paragraaf zal worden aangetoond dat de uitsluiting van de toepassing van titel 3 in art 362 niet geldt voor de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b en dat titel 3 op deze procedures van toepassing is – met inachtneming van de bijzondere kenmerken van het insolventieprocesrecht.

De uitsluiting van de toepassing van titel 3 is in art. 362 lid 2 neergelegd. Daarin is bepaald dat titel 3 niet van toepassing is op procedures 'ingevolge' de Faillissementswet. De procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b zijn echter geen procedures 'ingevolge' de Faillissementswet. Zij leiden immers niet tot opening van een insolventieprocedure, noch betreffen zij geschillen in het kader

²⁵⁵ Hof Leeuwarden 11 oktober 2012, *LJN* BY1482.

²⁵⁶ Het Hof had overigens het besluit van 27 januari 1926, houdende voorschriften ter uitvoering van artikel 6 der Faillissementswet, laatstelijk gewijzigd op 7 april 1994 (Stb. 1994, 265), overeenkomstig kunnen toepassen. In dat besluit is geregeld op welke wijze de griffier de schuldenaar van wie het faillissement is aangevraagd, moet oproepen. Zie HR 19 januari 2001, *LJN* AA9561, *NJ* 2001/232 en HR 12 oktober 2007, *LJN* AP7958, *NJ* 2007/622.

van een lopende insolventie. Het zijn procedures die juist dienen ter voorkoming van een insolventie (art. 287b en 287a) of voorafgaand aan een eventuele insolventie(procedure) worden gevoerd (art. 287 lid 4).²⁵⁷ Voor deze redenering kan steun gevonden worden in een arrest van de Hoge Raad uit 2011, betreffende de procedure aangaande na het einde van een insolventieprocedure in de boedel teruggevallen of alsnog gebleken baten (art. 194).²⁵⁸ De zaak die tot deze uitspraak leidde, betrof een bevel ex art. (356 lid 4 j°) 194 strekkende tot vereffening en verdeling van een na het einde van een schuldsaneringsregeling opgekomen bate. Het was de vraag of tegen een dergelijk bevel hoger beroep of slechts beroep in cassatie openstond. Art. (321 j°) 85 bepaalt namelijk dat alle beschikkingen in zaken, het beheer of de vereffening van de boedel betreffende, door de rechtbank in het hoogste ressort worden gewezen, behalve in gevallen waarin het tegendeel is bepaald. De Hoge Raad oordeelt in deze beschikking dat het tegendeel niet is bepaald, zodat art. 85 in beginsel betrekking heeft op een bevel ex art. 194. Dit betreft volgens de Hoge Raad echter niet de (voor)vraag óf art. 194 toepassing behoort te vinden. Een beslissing op die (voor)vraag kan volgens de Hoge Raad niet worden aangemerkt als een beslissing die enkel ‘het beheer of de vereffening des faillieten boedel’, als bedoeld in art. (321 j°) 85, betreft. De Hoge Raad oordeelt – en dat is in dit verband van groot belang – dat art. 194 toepassing vindt na beëindiging van de toepassing van de schuldsaneringsregeling en dus in een situatie waarin de schuldenaar (weer) de vrije beschikking heeft over zijn vermogen. In een dergelijke situatie dienen volgens de Hoge Raad de gewone procedureregels te gelden voor de beslissing van geschillen over de vraag of ingevolge de Faillissementswet bepaalde vermogensbestanddelen (alsnog) aan die vrije beschikking zijn onttrokken. In zoverre staat krachtens de algemene regel van art. 358 Rv tegen de desbetreffende beschikking hoger beroep open.²⁵⁹ De Hoge Raad overwoog daarbij tot slot dat ‘Daaraan (...) de categorische uitsluiting van gewone rechtsmiddelen in art. 360 F. niet af [doet], aangezien een beslissing op de genoemde voorvraag niet geacht kan worden te zijn gegeven ‘ingevolge’ titel III F. (in het bijzonder art. 356 lid 4 in verband met art. 194).’

Ook de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b zijn dan, de redenering van de Hoge Raad volgend, geen procedures ‘ingevolge’ titel III van de Faillissementswet. Het betreft pre-insolventieprocedures. De verzoeker heeft de vrije beschikking over zijn vermogen. De verzoeken ex art. 287b en 287a staan bovendien los van het Wsnp-verzoek waarvan zij onderdeel uitmaken. Voor de toewijsbaarheid van deze beide verzoeken is het immers niet noodzakelijk dat het Wsnp-verzoek zelf toewijsbaar is.²⁶⁰ Het is zelfs niet nodig – te zijner tijd – een Wsnp-verzoek ter beoordeling door de insolventierechter in te dienen. Het Wsnp-verzoek is slechts een spreekwoordelijk vat waarin de voor de beoordeling van de verzoeken noodzakelijke informatie gegoten moet worden. De conclusie moet daarom zijn dat geen sprake is van procedures

257 Noordam 2008, p. 273 vraagt zich eveneens af of titel 3 van toepassing is op de behandeling van 287 lid 4-verzoeken.

258 HR 15 april 2011, *LJN* BP4963, *JOR* 2011, 244.

259 De Hoge Raad verwijst daarbij naar HR 10 augustus 1984, *NJ* 1985/70 en 69, m.nt W.C.L. van der Grinten.

260 Zie par. 6.4 en HR 14 december 2012, *LJN* BY0966, *NJ* 2013/43.

ingevolge de Faillissementswet en dat titel 3, conform de hoofdregel van art. 261 Rv., bijgevolg van toepassing is op de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b.

Toepassing van titel 3 brengt tevens de toepasselijkheid van de algemene bepalingen van art. 19 Rv e.v. met zich. Het in art. 19 Rv neergelegde beginsel van hoor en wederhoor is reeds aan bod gekomen. De betekenis van dit beginsel in insolventieprocedures wordt in par. 2.5.9 geanalyseerd. De meeste andere bepalingen lijken zonder problemen toepasbaar op de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b; de rechter moet voor onredelijke vertraging waken (art. 20 Rv), partijen zijn verplicht de van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren (art. 21 Rv), de rechter kan partijen bevelen stellingen toe te lichten of bepaalde bescheiden over te leggen (art. 22 Rv), de rechter beslist op al het verzochte (art. 23 Rv), de rechter moet ambtshalve rechtsgronden aanvullen (art. 25 Rv), de beschikking wordt in het openbaar uitgesproken, bevat de gronden waarop zij berust (art. 28 en 30 Rv) en kan verbeterd en/of aangevuld worden (art. 31 en 32 Rv).

Twee bepalingen verdienen nadere beschouwing. Dat zijn de art. 24 en 27 Rv. Art. 24 Rv bepaalt dat de rechter de zaak onderzoekt en beslist op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering of verzoek of verweer ten grondslag hebben gelegd. Hierin is het beginsel van de autonomie en de lijdelijkheid van de rechter neergelegd. We zullen nog zien dat deze bepaling kan botsen met de aard van het insolventieprocesrecht.

Art. 27 Rv bepaalt dat zittingen waarop verzoeken worden behandeld in het openbaar worden gehouden. Dit volgt tevens uit art. 6 EVRM. De zitting waarop een faillissementsverzoek wordt behandeld vindt niet in het openbaar plaats. Want art. 4 bepaalt dat het faillissementsverzoek ‘in raadkamer’ wordt behandeld. Voor de behandeling van Wsnp-verzoeken bevat de wet geen soortgelijke bepaling. Zijn de mondelinge behandelingen van Wsnp-verzoeken dan wel openbaar? De literatuur is verdeeld. Het is zonder meer wenselijk dat deze zittingen inderdaad in het openbaar plaatsvinden.²⁶¹ Indien dit niet het geval is, dan dient dit ten minste te gelden voor de behandeling van verzoeken ex art. 287 lid 4, 287a en 287 b. Toepassing van art. 27 Rv brengt aldus geen verandering in hetgeen reeds gold.

Hier wordt verdedigd dat titel 3 rechtstreeks van toepassing is op de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b. ‘Subsidiair’ kan worden gesteld dat de bepalingen van titel 3 analogisch moeten worden toegepast. Uit de in par. 2.5.2 en 2.5.3.1. beschreven literatuur en jurisprudentie is immers gebleken dat de bijzondere kenmerken van het insolventieprocesrecht van dien aard zijn dat zij zich niet verzetten tegen analogische toepassing van de bepalingen uit titel 3.

²⁶¹ Rb. Rotterdam 19 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2545, *TvS* 2014, 414 oordeelde dat dat niet het geval is. Vriesendorp lijkt deze mening eveneens te zijn toegedaan (Vriesendorp 2013, p. 9). Wessels wijst er enkel op dat anders dan bij de aangifte of het verzoek tot faillietverklaring niet is bepaald dat het verzoek ‘in raadkamer’ wordt behandeld (Wessels Insolventierecht IX/9048). Diverse andere schrijvers gaan uit van een behandeling van het Wsnp-verzoek op een openbare zitting. Zie o.a. Dethmers 2005, p. 2 en 28 en Salomons 2008, p. 256 met door laatstgenoemde de kanttekening dat de rechter de deuren kan doen sluiten op grond van art. 27 lid 1 onder c Rv.

2.5.4 *Korte termijnen en een gesloten stelsel van rechtsmiddelen*

Hiervoor is al aangestipt dat het insolventieprocesrecht wordt gekenmerkt door korte termijnen. Dit is de uitwerking van de belangrijkste specifieke doelstelling bij de invoering van de Faillissementswet, namelijk dat deze is gericht op een spoedige afwikkeling van – destijds – het faillissement. Dit blijkt bijvoorbeeld uit art. 108. Deze bepaling houdt in dat de rechter-commissaris uiterlijk binnen 14 dagen nadat het vonnis van faillietverklaring in kracht van gewijsde is gegaan, bepaalt tot welke dag schuldvorderingen kunnen worden ingediend alsmede de dag van de verificatievergadering. De rechter-commissaris dient voorts binnen drie dagen te beslissen op verzoekschriften van schuldeisers waarbij wordt opgekomen tegen handelingen van een curator of Wsnp-bewindvoerder (art. 69 en 317); – nota bene een bijzonder korte termijn. Bij de opening van de insolventieprocedure (het faillissement) dient eveneens snel te worden gehandeld. In art. 4 is bijvoorbeeld bepaald dat de rechtbank met de meeste spoed beslist op aangiftes en verzoeken tot faillietverklaringen.

Bij de invoering van de Wsnp (schuldsaneringsregeling) in 1998 stond de wetgever eveneens een snelle procedure voor ogen. Art. 287 bepaalt dat op Wsnp-verzoeken met de meeste spoed wordt beslist (art. 287). Het verbaast daarom niet dat de in art. 287 lid 4, 287b en 287a genoemde termijnen kort zijn. Hierbij zij aangetekend dat de schuldsaneringsregeling, anders dan faillissementen, een door de wetgever vastgelegde ‘looptijd’ van drie jaar heeft (art. 349a lid 1).

Tevens heeft de wetgever met het oog op een snelle afwikkeling van insolventieprocedures gekozen voor een bijzonder, van de gewone wijze van procederen (het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) afwijkend systeem van rechtsmiddelen dat wordt gekenmerkt door zeer korte beroepstermijnen. Zo is de beroepstermijn van beschikkingen van de rechter-commissaris vijf dagen (art. 67 en 315). Veel andere beroepstermijnen zijn acht dagen (o.a. art. 8, 9, 10, 15c, 292, 350 en 358a).

Voorts wordt aangenomen dat titel I van de Faillissementswet een gesloten stelsel van rechtsmiddelen bevat.²⁶² Ten aanzien van titel II (surseance van betaling) en titel III (schuldsaneringsregeling) is nadien eveneens gekozen voor een gesloten stelsel van rechtsmiddelen, zie art. 282 (1935) en 360 (1998). Dit wijkt af van het systeem van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

2.5.5 *Oneigenlijke rechtspraak*

Het insolventieprocesrecht betreft niet steeds procedures aangaande een geschil tussen partijen. Veel vaker dan in bijvoorbeeld het burgerlijke procesrecht is sprake is van zogeheten oneigenlijke rechtspraak. Dit is rechtspraak in zaken waarbij geen juridisch geschil aan de orde is.²⁶³ Van oneigenlijke rechtspraak is bijvoorbeeld sprake indien een wijziging in iemands rechtstoestand wordt beoogd, zoals bij ondercuratelestelling of de benoeming van een voogd.

²⁶² Molengraaff-Star Busmann, *De faillissementswet*, 4^e druk 1951, p. 116-117, zie tevens Wessels Insolventie-recht I 2012/1389.

²⁶³ Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 7 en Stein/Rueb 2013, par. 1.3.

Tegenover oneigenlijke rechtspraak staat het begrip eigenlijke, of contentieuze rechtspraak. Hiermee wordt rechtspraak bedoeld waarbij sprake is van het beslechten van een (juridisch) geschil tussen partijen.

Aanvankelijk werd de procedure tot faillietverklaring als oneigenlijke rechtspraak gezien omdat volgens de heersende opinie geen beslissing wordt gegeven in een rechtsgeding tussen partijen, maar al dan niet een algemeen beslag op het vermogen van de gefailleerde wordt uitgesproken. Daarom hoefde de schuldenaar zelf niet gehoord te worden op een verzoek tot zijn of haar faillietverklaring.²⁶⁴

De Hoge Raad heeft in een arrest uit 1912 in voornoemde zin geoordeeld door te beslissen dat tegen een vonnis tot faillietverklaring niet het rechtsmiddel van rekest-civiel (sinds 1 januari 2002: het rechtsmiddel van herroeping) kan worden aangewend.²⁶⁵ De Hoge Raad kwam tot dit oordeel met de redenering dat ‘door een vonnis van faillietverklaring geen geschil omtrent de rechten der gedingvoerende tot oplossing wordt gebracht, maar wordt uitgesproken een algemeen beslag op het vermogen van den faillietverklaarde ten bate van diens gezamenlijke schuldeiser.’ Daarom stond het de rechter vrij de schuldenaar al dan niet te horen en geldt dat hij uitspraak doet op basis van ‘een summier [en] van alle bewijsregels vrij onderzoek’. De Hoge Raad heeft nadien in 1982 echter geoordeeld dat de schuldenaar op wie het verzoek tot faillietverklaring betrekking heeft, steeds moet worden opgeroepen voor de mondelinge behandeling van het faillissementsverzoek.²⁶⁶

Volgens advocaat-generaal Wesseling-van Gent leidt het verzoek tot faillietverklaring een geding in met contentieuze elementen.²⁶⁷ Dit lijkt mij juist. Indien de schuldenaar verweer voert, is sprake van een geschil tussen partijen waarin beslist moet worden. Dit neemt niet weg dat de procedure tot faillietverklaring bijzondere kenmerken vertoont.

De Hoge Raad heeft in een arrest uit 1983 die bijzondere aard van de procedure tot faillietverklaring onder woorden gebracht.²⁶⁸ Daarbij analyseert hij dat de regeling van de Faillissementswet aangaande de behandeling van een verzoek tot faillietverklaring, en de rechtsmiddelen die daartegen kunnen worden aangewend, in verband met de rechtszekerheid en de behoeften van het rechtsverkeer is gericht op een snelle berechting en beslissing terzake de faillietverklaring. Voorts heeft de regeling aangaande de behandeling van een verzoek tot faillietverklaring tevens voor anderen dan partijen (derden) verstrekkende gevolgen en daarom stelt deze voor de wel in de wet geregelde rechtsmiddelen korte termijnen. Deze termijnen gaan in op de dag na de uitspraak waartegen het rechtsmiddel zich richt. Toelating van het rechtsmiddel van request-civiel (thans herroeping) is daarmee niet te verenigen.²⁶⁹ Tevens is

264 Molengraaff 1898, p. 98. Volgens Molengraaff moest de schuldenaar wel gehoord worden als hij tegen faillietverklaring in verzet kwam. In dat geval kon het volgens hem zelfs komen tot een bewijslevering door de schuldeiser die het faillissement aanvraagt. Zie Molengraaff 1898, p. 104. De vergelijking met de behandeling van een verzoek tot het leggen van conservatoir beslag, waarbij de schuldenaar evenmin wordt gehoord, dringt zich hier op.

265 HR 14 juni 1912, *W* 9361.

266 HR 29 oktober 1982, *NJ* 1983/196, m.nt. BW.

267 Conclusie AG Wesseling-van Gent voor HR 7 maart 2003, *LJN* AF3076 onder verwijzing naar Polak-Wessels I/1261 met vindplaatsen en Fernhout, ‘Procesrecht in kort geding’, *TvPP* 2010-4, p. 110.

268 HR 9 december 1983, *NJ* 1984/384, m.nt. W.H. Heemskerk.

269 De HR heeft dit oordeel herhaald in HR 7 maart 2003, *LJN* AF3076 (art. 81 RO).

van belang dat de regels van het wettelijk bewijsrecht niet gelden, – waarover hierna meer.

De procedure tot toelating tot de schuldsaneringsregeling ex art. 284/287 betreft evenmin eigenlijke (of: contentieuze) rechtspraak omdat de (belanghebbende) schuldeisers hierbij niet worden betrokken.²⁷⁰ Er is zelfs niet voorgeschreven dat de schuldenaar op het verzoek wordt gehoord. De rechter dient het Wsnp-verzoek te beoordelen aan de hand van de in art. 288 neergelegde criteria. Daarbij staat de schuldenaar centraal en wordt een (moreel getinte) oordeel over zijn financiële handel en wandel geveld. Hoe de insolventierechter dit doet wordt in de volgende paragraaf geanalyseerd. Dat de schuldenaar in het schuldsaneringsrecht centraal staat blijkt uit de wijze waarop procedures tot tussentijdse beëindiging van de schuldsaneringsregeling worden gevoerd. Als de bewindvoerder of rechter-commissaris een dergelijke procedure ‘aanhangig’ maakt, worden de schuldeisers, hoewel art. 350 daarin wel voorziet, (vrijwel) nooit opgeroepen.

Het insolventieprocesrecht kent uiteraard meer procedures dan alleen die van art. 6 en 284/287. Een groot aantal daarvan is oneigenlijk (niet-contentieus) van aard. Bij de beoordeling van een verzoek tot het instellen van een afkoelingsperiode (art. 63a) is bijvoorbeeld geen sprake van een geschil tussen partijen. Het gaat dan om een al dan niet door de rechter te treffen ordemaatregel. Dit geldt eveneens voor het verzoek dat de Wsnp-schuldenaar aan de rechter-commissaris doet, tot verhoging van de beslagvrije voet (art. 295 lid 3) en tot wijziging van de termijn van de schuldsaneringsregeling (art. 349).

Er zijn in de Faillissementswet procedures waarin na de opening van een insolventieprocedure schuldeisers hun stem (kunnen) laten horen ter zake van de afwikkeling van de insolventie. Genoemd kunnen worden de bevoegdheid van schuldeisers bij de rechter-commissaris op te komen tegen een handeling van de curator (art. 69), de rechtbank te verzoeken een schuldsaneringsregeling tussentijds te beëindigen (art. 350) en de rechtbank te vragen een eerder aan een schuldenaar toegekende schone lei te ontnemen (art. 358a). In die procedures worden de curator/bewindvoerder en de gefailleerde of (ex-)schuldenaar opgeroepen dan wel gehoord. Dit betreft derhalve eigenlijke rechtspraak.

Indien sprake is van oneigenlijke rechtspraak dan behoeft de beslissing maar in beperkte mate te worden gemotiveerd. Deze beperkte motiveerplicht is echter geen zelfstandig kenmerk van insolventieprocesrecht.

2.5.6 *Aannemelijke feiten*

Op de vraag hoe en op welke wijze feiten en omstandigheden worden ‘vastgesteld’ geeft de Faillissementswet veelal geen antwoord. Soms is zelfs niet duidelijk welke feiten en omstandigheden überhaupt van belang zijn. Dit geldt met name bij in de wet opgenomen ordemaatregelen. In art. 63a is bijvoorbeeld neergelegd dat de rechter-commissaris of de rechtbank een op

²⁷⁰ In die zin Rb. Rotterdam 19 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2545: de zitting waarop een Wsnp-verzoek wordt behandeld is niet openbaar. De rechtbank mag wel acht slaan op informatie van schuldeisers. Diverse schrijvers gaan uit van een behandeling van het Wsnp-verzoek op een openbare zitting. Zie Dethmers 2005, p. 2 en 28 en Salomons 2008, p., 256 met door laatstgenoemde de kanttekening dat de rechter de deuren kan doen sluiten op grond van art. 27 lid 1 onder c Rv.

verzoek van elke belanghebbende, of ambtshalve, een afkoelingsperiode kan afkondigen, ‘waarin elke bevoegdheid van derden, met uitzondering van boedelschuldeisers, tot verhaal op tot de boedel behorende goederen of tot de opeising van goederen die zich in de macht van de gefailleerde of de curator bevinden niet dan met zijn toestemming kan worden uitgeoefend.’ Uit de wet blijkt niet wanneer en op basis van welke feiten en omstandigheden een dergelijke ordemaatregel kan worden afgekondigd, laat staan hoe relevante feiten en omstandigheden moeten worden ‘vastgesteld’.

Kort samengevat wordt bij het vaststellen van feiten (en omstandigheden) in de dagvaardings- en verzoekschriftprocedure ingevolge het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering eerst nagegaan wie ter zake van de relevante feiten de stelplicht heeft. Indien aan de stelplicht is voldaan, wordt onderzocht of de feiten voldoende zijn betwist. Dit is neergelegd in art. 149 Rv, waarin is bepaald dat de rechter niet of niet voldoende betwiste stellingen als vaststaand moet beschouwen.²⁷¹ Als de gestelde, relevante feiten voldoende zijn betwist dan kan degene op wie de stelplicht (en bewijslast) rust worden toegelaten om die feiten te bewijzen. Daarbij geldt dat de rechter een aanbod tot het leveren van (getuigen) bewijs in beginsel niet kan passeren (art. (284 j° 166 Rv). De rechter is gebonden aan hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten grondslag leggen, tenzij uit de wet anders voortvloeit (art. 24 Rv). Hij mag dus geen feiten aanvullen.

Art. 24, 149 en 166 Rv spelen een centrale rol bij de vaststelling van de feiten en bij de beantwoording van de vraag of nadere bewijslevering aan de orde is. De art. 149 en 166 Rv zijn op grond van art. 284 Rv van overeenkomstige toepassing op verzoekschriftprocedures, maar niet op procedures ingevolge de Faillissementswet. Art. 362 lid 2 sluit de toepasselijkheid van titel 3 immers uit. Art. 24 Rv behoort tot boek 1 afdeling 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. De bepalingen uit deze afdeling gelden voor alle civiele procedures. Aangenomen mag worden dat deze bepalingen, waaronder dus art. 24 Rv, niet gelden voor procedures ingevolge de Faillissementswet.²⁷²

De in de art. 24, 149 en 166 Rv vastgelegde regels en uitgangspunten gelden om andere redenen evenmin in procedures ingevolge de Faillissementswet. Dit zal worden toegelicht aan de hand van drie procedures, te weten de procedures leidende tot een faillissement (op verzoek van een schuldeiser) ex art. 6, de procedure tot toelating tot de schuldsaneringsregeling ex art. 284/287 en die tot tussentijdse beëindiging van die regeling ex art. 350.

a. Art. 6 vermeldt dat de faillietverklaring wordt uitgesproken ‘indien summierlijk blijkt’ dat de schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen, alsook van het vorderingsrecht van degene die het faillissement aanvraagt. Met de term ‘summierlijk blijkt’ wordt tot uitdrukking gebracht dat zowel de vordering van de verzoeker als ‘den toestand’ dat de schuldenaar ‘heeft opgehouden te betalen’ na een kort, eenvoudig onderzoek moet blijken.²⁷³ Voorts is de rechter vrij in de beoordeling van al wat in de

271 Behoudens zijn bevoegdheid bewijs te verlangen indien aanvaarding van de stellingen zou leiden tot een rechtsgevolg dat niet te vrijer bepaling van partijen staat.

272 Zie voorts de hierna te bespreken conclusies van de advocaten-generaal Keus, Langemeijer en Huydecoper.

273 Van der Feltz I, p. 270 en Wessels Insolventierecht I/1209.

procedure ter sprake komt en niet gebonden aan wettige bewijsmiddelen.²⁷⁴ Er is aldus sprake van een aannemelijkheidsoordeel dat tot stand komt na een onderzoek door de insolventierechter. De wetgever heeft hiermee de bewijslast van de aanvragende schuldeiser willen verlichten.²⁷⁵

b. Bij de beoordeling van een Wsnp-verzoek (art. 284/287) gelden drie toelatingseisen (art. 288 lid 1). Het moet voldoende aannemelijk zijn dat daaraan is voldaan. Blijkens de wetsgeschiedenis rust de 'bewijslast' terzake op de verzoeker.²⁷⁶ Met de term 'voldoende aannemelijk' wordt tot uitdrukking gebracht dat er lichtere eisen gelden voor het door de rechter als vaststaand aannemen van bepaalde feiten dan in het geval deze bewezen zouden dienen te worden.²⁷⁷ De regels over bewijslevering zijn volgens het Hof Amsterdam, gelet op art. 362 lid 2, niet van toepassing.²⁷⁸ Advocaat-generaal Spier komt eveneens tot deze conclusie, maar dan omdat de spoedeisende aard van de procedure (ex art. 284 en 287 j° 292 lid 3) met zich brengt dat voor bewijslevering door middel van getuigen geen plaats is.²⁷⁹

De jurisprudentie is op dit punt niet eenduidig. In een arrest uit 2012 wijst het Hof 's-Hertogenbosch een bewijsaanbod van de verzoeker (schuldenaar) onder verwijzing naar art. 284 Rv af, omdat verzoek mondeling was gedaan en onvoldoende was gespecificeerd.²⁸⁰ In een zaak waarin het Wsnp-verzoek was afgewezen concludeert advocaat-generaal Strikwerda dat het bewijsaanbod in casu moet worden gepasseerd als zijnde te vaag.²⁸¹ Uit het genoemde arrest van het Hof 's-Hertogenbosch en deze conclusie van Strikwerda zou kunnen worden afgeleid dat bewijslevering door middel van getuigen in procedures tot toelating tot de schuldsaneringsregeling mogelijk is en dat de rechter op een aanbod daartoe zou moeten ingaan. Toch is deze gevolgtrekking ongegrond. Uit de wet blijkt voldoende duidelijk dat de procedure van art. 284 spoedeisend van aard is. In art 287 is immers bepaald dat de rechtbank met de meeste spoed uitspraak moet doen op het verzoekschrift. Indien het Wsnp-verzoek wordt afgewezen, dient een eventueel hoger beroep daarom binnen acht dagen te worden ingesteld. De voorzitter van het gerechtshof dient terstond dag en uur van de behandeling van het hoger beroep te bepalen, die binnen twintig dagen na indiening moet plaatsvinden. Het hof moet binnen acht dagen na deze behandeling uitspraak doen (art. 292 lid 4). Zeker in relatie tot de (gebruikelijke) termijnen in de verzoekschriftprocedure van titel 3 zijn dit zeer korte termijnen. Bewijslevering door middel van getuigen (of een deskundigenbericht) is niet te verenigen met het spoedeisende karakter van deze procedure.²⁸² Om die redenen heeft de wetgever in art. 362 lid 2 de toepassing van titel 3 (ook) op deze procedure uitgesloten.

²⁷⁴ Wessels Insolventierecht I/1206 en 1208.

²⁷⁵ Van der Feltz I, p. 270. Voor kritiek hierop, zie R.J. van Galen, 'Enkele procedurele opmerkingen over het faillissement', *WPNR* 2001, 6463.

²⁷⁶ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 942, nr. 3, p. 13, 15 en 19. Zie Wessels Insolventierecht IX/9066m.

²⁷⁷ Zie Snijders, Klaassen en Meijer 2011, nr. 199.

²⁷⁸ Hof Amsterdam 3 mei 2012, *LJN* BX3117.

²⁷⁹ Conclusie AG Spier voor HR 22 december 2006, *LJN* AZ3953.

²⁸⁰ Hof 's-Hertogenbosch 7 februari 2012, *LJN* BV3503.

²⁸¹ Conclusie AG Strikwerda voor HR 19 maart 2004, *LJN* AO1994.

²⁸² In deze zin oordeelde, zij het subsidiair, het Hof Arnhem (10 juli 2008, *LJN* BD6836), toen een aanbod van een schuldeiser om wanbeleid van een Wsnp-verzoeker te bewijzen, werd afgewezen. In gelijke zin de conclusie van de AG voor HR 22 december 2006, *LJN* AZ3952.

De bewijslast, oftewel de last om de relevante feiten aannemelijk te maken, ligt bij de verzoeker. De wet schrijft voor welke informatie de verzoeker bij het Wsnp-verzoek moet geven. Deze informatie sluit echter niet aan op de in art. 288 neergelegde toelatingseisen (lid 1) en (imperatieve) weigeringsgronden (lid 2). Daarom worden in art. 3.1.2.6 Procesreglement insolventiezaken nadere eisen gesteld, zoals het overleggen van een specificatie van belastingschulden en (indien van toepassing) jaarstukken van de laatste drie jaar. Daarnaast zal de rechter aan de hand van de gegeven informatie actief nagaan of aan de in art. 288 neergelegde eisen is voldaan en of de weigeringsgronden zich voordoen. Eén van die weigeringsgronden stelt – kort gezegd – dat de verzoeker niet minder dan tien jaar tevoren in de schuldsaneringsregeling mag hebben gezeten. Het is bekend dat de rechter hiernaar ambtshalve onderzoek verricht door in registers na te gaan of dit het geval is. Een andere weigeringsgrond bepaalt dat de poging tot een minnelijke schuldregeling door in de wet genoemde personen of instellingen moet zijn uitgevoerd. Hierop lijkt de rechter actief controle uit te oefenen.²⁸³ De belangrijkste weigeringsgrond doet zich voor indien de verzoeker niet te goeder trouw is ten aanzien van het ontstaan of onbetaald laten van zijn schulden. Er zijn rechtbanken die daarom ambtshalve bij het CJIB opvragen of (en zo ja, welke) openstaande boetes de schuldenaar heeft.²⁸⁴

Deze actieve houding van de insolventierechter gaat in het algemeen gesproken nog verder. Op een toelatingszitting zal hij op grond van de bij het Wsnp-verzoek gevoegde informatie nadere vragen stellen. Indien er bijvoorbeeld op de schuldenlijst een schuld aan de belastingdienst of de Sociale Dienst staat dan zal hij vragen waar deze betrekking op heeft en hoe en wanneer deze is ontstaan. Dit zal hij ook doen als er bijvoorbeeld schulden aan meerdere telecombedrijven op staan.

c. De advocaten-generaal bij de Hoge Raad Langemeijer, Keus en Huydecoper hebben zich in 2007 in drie conclusies uitgelaten over de vaststelling van feiten en omstandigheden in de derde procedure, te weten die tot tussentijdse beëindiging van de schuldsaneringsregeling (art. 350).

Langemeijer schrijft in zijn conclusie dat het in cassatie gedane beroep op het beginsel van de partijautonomie faalt.²⁸⁵ De bepaling van art. 24 Rv geldt hier volgens hem niet, omdat uit de wet anders voortvloeit. De rechter kan immers, aldus de advocaat-generaal, eventueel ambtshalve vaststellen dat er gronden zijn voor een tussentijdse beëindiging van de toepassing van de schuldsaneringsregeling – zie art. 350 lid 1. Waar het gaat om het beoordelen van de geloofwaardigheid van tot bewijs overgelegde bescheiden heeft de rechter volgens hem een eigen, zelfstandige taak.

Keus liet zich in een conclusie in 2007 eveneens uit over de vraag of art. 24 Rv van toepassing is in een procedure tot tussentijdse beëindiging van een schuldsaneringsregeling (art. 350).²⁸⁶ Hij meent dat art. 24 Rv niet van toepassing is, omdat uit de wet anders voortvloeit en verwijst daarbij naar

283 Rb. Arnhem 4 februari 2008, *LJN* BC5512 en 21 oktober 2010, *LJN* BP1043 en Rb. 's-Gravenhage 12 mei 2011, *LJN* BQ4477.

284 De wettelijke grondslag hiervoor wordt gevonden in art. 8 Wet justitiële documentatie en de daarop gegeven toelichting in *Kamerstukken II*, 1999/00, 24797, nr. 8, p. 17.

285 Conclusie voor HR 13 april 2007, *LJN* AZ8850.

286 Conclusie voor HR 13 juli 2007, *LJN* BA9462.

voornoemde conclusie van Langemeijer.²⁸⁷ Art. 149 j° 284 Rv is, aldus Keus, niet van toepassing vanwege de uitsluiting in art. 362 lid 2.²⁸⁸ De procedure van art. 350 verschilt volgens de advocaat-generaal van contentieuze procedures waarvoor de bewijsregel van art. 149 Rv is geschreven. Hij wijst er daarbij op dat de toepassing van de schuldsaneringsregeling op voordracht van de rechter-commissaris of ambtshalve kan worden beëindigd en dat er dan in de procedure geen wederpartij is die stellingen kan betwisten. In een tweede conclusie uit 2007 stelt Keus wederom dat art. 149 Rv niet van toepassing is in een procedure tot tussentijdse beëindiging van een schuldsaneringsregeling (art. 350). De rechter is, aldus Keus, in een procedure ex art. 350 niet zonder meer gehouden niet of niet voldoende betwiste stellingen als vaststaand aan te nemen.²⁸⁹

Huydecoper heeft in zijn conclusie voor een arrest van de Hoge Raad (in een procedure ex art. 350) gesteld dat art. 284 j° 166 Rv niet geldt in procedures op grond van de Faillissementswet, zodat de insolventierechter vrij is in de beoordeling van een bewijsaanbod.²⁹⁰ Dit vormt volgens hem geen schending van een fundamenteel beginsel van procesrecht. Ter onderbouwing verwijst hij naar twee uitspraken van de Hoge Raad betreffende procedures tot ontbinding van een arbeidsovereenkomst (art. 7:685 BW). Daarin heeft de Hoge Raad overwogen en beslist dat deze ontbindingsprocedure een eenvoudige, op een spoedige beslissing gerichte verzoekschriftprocedure is, waarin de rechter beslist zonder aan de wettelijke bewijsregels te zijn gebonden. Daarom kan in beginsel zonder het houden van getuigenverhoren op het verzoek worden beslist.

Uit het voorgaande blijkt, zoals reeds aangegeven, dat feiten en omstandigheden in het insolventieprocesrecht niet op klassieke wijze worden vastgesteld. Maar de regels rondom stelplicht en bewijslast zijn daarmee niet geheel zonder betekenis. Degene die tot de schuldsaneringsregeling wil worden toegelaten zal aannemelijk moeten maken dat hij aan de voorwaarden voor toelating voldoet. En als hij zich verweert tegen een voordracht tot tussentijdse beëindiging zal hij daar inhoudelijk op moeten reageren. Dit blijkt uit een uitspraak van het Hof Amsterdam uit 2006.²⁹¹ Het hof overweegt daarin dat het op de weg van de schuldenaar lag om bepaalde feiten en omstandigheden met bewijsstukken te 'ontzenuwen'. Het hof rekende het de schuldenaar aan dat hij had geweigerd mee te werken aan het doen horen, althans traceren van een getuige die ontlastende verklaringen had kunnen afleggen.

Het insolventieprocesrecht legt in het algemeen dus geen verplichting aan de rechter op om een aanbod van getuigenbewijs te honoreren. De rechter-commissaris kan in faillissementen of schuldsaneringsregelingen getuigen horen op grond van art. 314 lid 2 j° 66. Het horen van getuigen door de rechter-commissaris ex art. 66 heeft een ander karakter dan het horen van getuigen in het

287 Keus wijst er – min of meer ten overvloede – op dat art. 24 Rv niet bepaalt dat onweersproken feiten als vaststaand moeten worden aangenomen.

288 Overigens staat art. 149 lid 1 Rv volgens Keus de rechter toe om tevens van niet of niet voldoende betwiste feiten bewijs te verlangen zo vaak aanvaarding van de betrokken stellingen zou leiden tot een rechtsgevolg dat niet te vrijer bepaling van partijen staat.

289 Conclusie voor HR 14 september 2007, *LJN* BA7636.

290 Conclusie voor HR 5 oktober 2007, *LJN* BB3678.

291 Hof Amsterdam, 12 december 2006, *LJN* BA2964.

kader van een dagvaardings- of verzoekschriftprocedure.²⁹² De Hoge Raad heeft dit in een arrest uit 2006 aldus verwoord: ‘Dit verhoor vindt niet plaats in het kader van een geschil tussen partijen dat voorwerp is van een aanhangige of mogelijk aanhangig te maken procedure en is niet gericht op het verkrijgen van bewijs in een dergelijke procedure. Het dient er daarentegen toe de rechter-commissaris – en met hem de curator – door het horen van getuigen in staat te stellen terzake alle omstandigheden die het faillissement betreffen opheldering te verkrijgen. Van een “wederpartij” is geen sprake.’²⁹³ De Hoge Raad heeft er in dit arrest voorts op gewezen dat aan de verklaringen die door de getuigen ten overstaan van de rechter-commissaris zijn afgelegd, niet de bewijskracht toe komt die art. 192 Rv toekent aan getuigenverklaringen die in een voorlopig getuigenverhoor zijn afgelegd. De rechten van iemand die ten aanzien van bewijslevering in een eventuele latere procedure als derde kwalificeert, worden daarom niet door het verhoor op grond van art. 66 geraakt.²⁹⁴

De conclusie is dat in procedures ingevolge de Faillissementswet de feiten niet op klassieke wijze worden vastgesteld, ongeacht de vraag of in een geschil tussen partijen (eigenlijke rechtspraak) beslist wordt of dat sprake is van een beslissing die het karakter van een ordemaatregel heeft. De rechter behoeft niet in te gaan op een aanbod tot het horen van getuigen. Hij is er niet zonder meer toe gehouden niet (voldoende) betwiste feiten als vaststaand aan te nemen. En hij kan zich aangaande de relevante feiten en omstandigheden actief opstellen.

2.5.7 *De rechter als toezichthouder, ordehandhaver en als onderzoeksrechter*

In het insolventieprocesrecht is de rechter naast geschillenbeslechter tevens toezichthouder, ordehandhaver en organisator. In dit kader zijn hem ambtshalve uit te oefenen bevoegdheden toegekend. Deze voor de rechter a-typische taken worden hierna beschrijven. Tot slot zal worden betoogd dat de insolventierechter soms als onderzoeksrechter optreedt.

In elk faillissement en in elke schuldsaneringsregeling benoemt de rechtbank een van haar leden tot rechter-commissaris (art. 14 en 287). Dit lid van de rechtbank heeft als hoofdtaak het houden van toezicht op het beheer van de boedel en de afwikkeling van het faillissement of de schuldsaneringsregeling door curator of bewindvoerder (art. 64 en 314). Aan de rechter-commissaris is daartoe in de Faillissementswet een aantal bevoegdheden toegekend. De belangrijkste is dat de curator of bewindvoerder in een groot aantal gevallen zijn machtiging, goedkeuring of toestemming nodig heeft.²⁹⁵

De rechter-commissaris heeft tevens organisatorische, bemiddelende en voorlichtende taken. Zo bepaalt hij in een aantal gevallen de dag van zittingen

292 B. Wessels, ‘Het horen van getuigen in het insolventierecht’, in: B. Wessels, *Insolventierechtelijke incidenten*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 53-60. Zie R.J. van Galen, ‘Enkele procedurele opmerkingen over het faillissement’, *WPNR* 2001, 6463.

293 HR 6 oktober 2006, *LJN* AX8295.

294 Uit een arrest van de Hoge Raad van 29 april 2011 blijkt dat de rechter-commissaris in een schuldsaneringsregeling drie getuigen had gehoord (betreffende mogelijke verzwegen inkomsten van de schuldenaar), zie HR 29 april 2011, *LJN* BQ0713.

295 Van der Feltz II, p. 2.

van de rechtbank in het faillissement of de schuldsaneringsregeling. Bijvoorbeeld de dag waarop de rechtbank de homologatie van een aangenomen akkoord behandelt (art. 150 en 335) of het verzet tegen een uitdelingslijst (art. 349 lid 5 j° 185). Daarnaast heeft hij een bemiddelende taak in geval er meer dan één curator in het faillissement is benoemd en de stemmen staken (art. 70), of als de curator een ter verificatie ingediende vordering betwist (art. 328 j° 122). Een voorbeeld van de voorlichtende taak is dat hij schriftelijk rapport uitbrengt aan de rechtbank bij de homologatie van een akkoord (art. 152 lid 1 en 337 lid 1) en bij de behandeling van verzet tegen een uitdelingslijst (art. 185 lid 2). Voorts kan hij een voordracht bij de rechtbank doen, bijvoorbeeld voor de opheffing van een faillissement wegens gebrek aan baten (art. 16), tot ontslag van een curator (art. 74) of tot het in verzekerde bewaring stellen van een gefailleerde (art. 87).

Volgens Wessels zijn de beschikkingen die de rechter-commissaris kan geven (insolventie)procesrechtelijk, vermogensrechtelijk of gemengd van aard.²⁹⁶ Van vermogensrechtelijke aard zijn bijvoorbeeld de beslissing van de rechter-commissaris omtrent de vraag welke inkomsten van de gefailleerde aan hem toekomen (art. 21 aanhef onder 2), wat de hoogte is van het voor de schuldenaar vrij te laten deel van zijn inkomen (art. 295) en of (de afkoopsom van) een levensverzekering ter beschikking van de gefailleerde of schuldenaar blijft (art. 22a j° 295 lid 6). Ook het instellen van een afkoelingsperiode ex art. (313 j°) 63a heeft vermogensrechtelijke gevolgen (voor derden).

Opvallend is dat de rechter-commissaris deze bevoegdheden veelal ambtshalve kan uitoefenen, hetgeen zich minder goed verhoudt met zijn hoofdtaak: het houden van toezicht op het beheer van de boedel en de afwikkeling van het faillissement of de schuldsaneringsregeling. Te wijzen valt op de bevoegdheid om de rechtbank te vragen een schuldsaneringsregeling tussentijds te beëindigen en op de bevoegdheid om vast te stellen dat een insolventieakkoord is aangenomen (art. 146 en 332 lid 4).

De rechtbank kan eveneens ambtshalve beslissingen nemen. Zo kan de rechtbank ambtshalve beslissen tot tussentijdse beëindiging van een schuldsaneringsregeling (art. 350). De rechtbank is daarbij niet verplicht naast de schuldenaar tevens de schuldeisers en/of de bewindvoerder op te roepen.²⁹⁷ Art. 350 lid 2, tweede zin, bepaalt immers dat '[zij tevens] schuldeiser en de bewindvoerder (...) [kan] oproepen.' Voorts kan de rechtbank ambtshalve een surseance van betaling intrekken (art. 242).

De vraag rijst wat dan de taakverdeling tussen rechter-commissaris en rechtbank is. De bedoeling van de wetgever is dat de rechter-commissaris het soort beslissingen neemt waarmee de rechtbank niet dan met groot bezwaar zou kunnen worden belast. Die verdeling van taken en bevoegdheden heeft dus te maken met het streven naar efficiënte besluitvorming, ter ontlasting van de rechtbank.²⁹⁸ Bijzonder is voorts dat de rechtbank hoger beroep van beschikkingen van een medelid van zichzelf behandelt, te weten de rechter-commissaris.

²⁹⁶ Wessels Insolventierecht IV 2010/4021 e.v.

²⁹⁷ Wessels vindt het onlogisch en onpraktisch dat de rechtbank niet is verplicht de bewindvoerder op te roepen. Wessels Insolventierecht IX/9375.

²⁹⁸ Van der Feltz II, p. 44.

De ambtshalve uitoefening van bevoegdheden door de rechter(-commissaris) zit blijkbaar zo diep in de vezels van de Faillissementswet dat de wetgever het wenselijk achtte in art. 288 lid 5 te bepalen dat de schuldenaar bij afwijzing van een Wsnp-verzoek niet ambtshalve in staat van faillissement verklaard kan worden.

Waarom de wetgever de rechter en de rechter-commissaris in de Faillissementswet ambtshalve uit te oefenen bevoegdheden heeft toegekend, blijkt niet uit de wetsgeschiedenis en evenmin uit de literatuur. Wordt de curator of bewindvoerder, die ten slotte belast is met de afwikkeling en het verloop van de insolventie, op dit punt niet vertrouwd? Of meent de wetgever dat het van openbaar belang is dat de insolventieprocedure op juiste en snelle wijze wordt afgewikkeld, en is daarom de rechterlijke macht daarmee mede belast? In de praktijk maakt de rechter(-commissaris) veelvuldig gebruik van de hem toegekende, ambtshalve uit te oefenen bevoegdheden, zonder dat de (belanghebbende) schuldeisers daarbij worden betrokken.

De insolventierechter (rechter-commissaris) kan in sommige opzichten tevens als onderzoeksrechter worden gezien. Zo kan de rechter-commissaris op grond van art. 66 getuigen horen en deskundigen benoemen, ter opheldering van alle omstandigheden die het faillissement betreffen. Deze bepaling is eveneens van toepassing in schuldsaneringsregelingen. Daarnaast kan de rechter-commissaris zelf onderzoek doen naar relevante feiten en omstandigheden, al is dit enigszins afhankelijk van zijn taakinfilling. In de praktijk krijgt de rechter-commissaris namelijk regelmatig informatie van de curator of bewindvoerder (of derden). De ontvangen informatie is echter niet altijd concreet of duidelijk. In dergelijke situatie is de rechter-commissaris bevoegd de curator of bewindvoerder te vragen nader onderzoek te doen en/of de gefailleerde of schuldenaar nader over deze vermoedens te ondervragen, om zo te achterhalen wat er 'aan de hand' is. In de vorige paragraaf is gebleken dat een dergelijke attitude tevens bij de insolventierechter die een Wsnp-verzoek beoordeelt valt waar te nemen, indien uit de stukken blijkt van mogelijke afwijzingsgronden. Waarheidsvinding en (het maatschappelijk belang dat is gemoeid met) het bestrijden van bijvoorbeeld fraude, of het oneigenlijk gebruik van de schuldsaneringsregeling, verklaren deze taakopvatting. Deze thema's zijn in het burgerlijk procesrecht eveneens actueel.

2.5.8 *Insolventie(proces)recht: burgerlijk (proces)recht in het algemeen belang*

In het insolventierecht spelen, anders dan men op het eerste gezicht zou denken, niet alleen de belangen van de schuldeisers en de schuldenaar (gefailleerde) een rol. Het algemeen of openbaar belang (ook wel maatschappelijk belang genoemd) kan of moet soms tevens betrokken worden bij de beslissing tot opening van een insolventie, evenals bij de afwikkeling ervan. Dit heeft gevolgen voor, of komt tot uitdrukking in, het insolventieprocesrecht. Hierna zal eerst de rol van het openbaar of maatschappelijk belang bij de opening van een insolventieprocedure (het faillissement en de schuldsaneringsregeling) worden besproken. Daarna wordt de rol van dit belang bij de afwikkeling van faillissementen en van schuldsaneringsregelingen belicht.

Een insolventieprocedure kan niet alleen op verzoek van een schuldenaar of een schuldeiser worden geopend. Ook de officier van justitie kan, om redenen van openbaar belang, een faillissementsaanvraag indienen (art. 1 lid 2).²⁹⁹ Voorts kan een schuldsaneringsregeling door B&W worden aangevraagd (art. 284 lid 4).³⁰⁰ Uit deze bepalingen blijkt dat opening van een insolventieprocedure wegens het algemeen of openbaar belang nodig kan zijn.

Art. 1 lid 2 valt wellicht terug te voeren op het van oudsher strafrechtelijke karakter van het faillissement.³⁰¹ Art. 284 lid 4 valt te verklaren uit het maatschappelijke belang dat met het oplossen van problematische schulden van particuliere schuldenaren is gemoeid.³⁰²

Het bevorderen van een oplossing voor dergelijke schulden wordt als een taak van de overheid gezien. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de Wet Gemeentelijke Schuldhelpverlening.³⁰³ Dat de overheid zich deze taak aantrekt ligt voor de hand, want de maatschappelijke kosten van problematische schulden van de (Nederlandse) burger zijn hoog. Denk aan bijvoorbeeld de maatschappelijke kosten van sociale uitsluiting. Wel is het zo dat de belangen van de schuldeisers volgens de wetgever zijn verdisconteerd in de toelatingscriteria van art. 288.³⁰⁴ Dit zou betekenen dat via deze criteria een belangafweging plaatsvindt. De wetgever heeft zich beperkt tot een mededeling van die strekking maar nagelaten deze toe te lichten of uit te werken.³⁰⁵ Zonder een nadere toelichting is de kwestie niet duidelijk, te meer daar de toelatingscriteria verschillend van aard zijn. Het belangrijkste criterium, te weten de goede trouw, is meer als een bij de toelating te hanteren financiële gedragsmaatstaf te zien dan als een uiting van de belangen van de schuldeisers.³⁰⁶

Bij de afwikkeling van faillissementen kan het maatschappelijk belang eveneens een rol spelen. De Hoge Raad heeft dit in enkele arresten beslist.³⁰⁷ Uit deze rechtspraak kan worden afgeleid dat de curator bij de afwikkeling van het faillissement rekening behoort te houden met belangen van maatschappelijke aard, zoals de continuïteit van de onderneming en het behoud van werkgelegenheid voor de werknemers in de onderneming van de gefailleerde. De vraag of en wanneer deze (of andere) maatschappelijke belangen zwaarder wegen dan die van individuele schuldeisers is in de rechtsliteratuur onderwerp van voortdurend debat.³⁰⁸ Het past niet in het kader van dit onderzoek om daar uitgebreid op in te

299 Voor twee recente (mislukte) pogingen van het Openbaar Ministerie zie Rb. Utrecht 11 september 2012, *LJN* BX7665 en Rb. Gelderland 11 maart 2014, *ECLI:NL:RBGEL:2014:2074*.

300 In het verlengde hiervan ligt de in art. 5 Wet Gemeentelijke Schuldhelpverlening aan B&W toegekende bevoegdheid om een breed moratorium hangende het minnelijke traject aan de rechtbank te vragen.

301 Noordam 2008, p. 139 e.v.

302 Dit blijkt uit de financiering van de afwikkeling van schuldsaneringsregelingen door de overheid. Zij subsidieert, via de Raad voor Rechtsbijstand te 's-Hertogenbosch, de kosten van bewindvoering en het toezicht op en regelgeving betreffende de kwaliteit van Wsnp-bewindvoerders.

303 Zie nader par. 2.5.2.

304 Zie *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 37.

305 Zie ook Noordam, diss. 2007, p. 226.

306 Dat het om een gedragsmaatstaf gaat blijkt uit *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, blz. 37. Zie ook, onder meer: HR 12 mei 2000, *LJN* AA5776, NJ 2000/567 m. nt. PvS en HR 24 december 2004, *LJN* AR6026, NJ 2005/129.

307 HR 24 februari 1995, *NJ* 1996/472 m.nt. WMK (Sigmacom II), HR 9 april 1996, *NJ* 1996/727, m.nt. W.M. Kleijn (Maclou) en HR 19 december 2003, *LJN* AN7817, *NJ* 2004/293 m.nt. P. van Schilfgaarde (Mobell/Interplan).

308 Zie bijvoorbeeld Van der AA, diss. 2007, p. 25 e.v. en B. Wessels, 'Belangenstrijd in het insolventierecht', rede in verkorte vorm uitgesproken op 22 februari 2008 bij het afscheid als hoogleraar privaatrecht aan de Juridische Faculteit van de Vrije Universiteit Amsterdam. De tekst is te vinden op www.dare.uvu.vu.nl.

gaan. De erkenning van het maatschappelijk belang bij de afwikkeling van faillissementen heeft overigens geen gevolgen voor het insolventieprocesrecht.

Het insolventierecht kan op het terrein van het strafrecht komen. Dit blijkt uit de rol die de wetgever bij de bestrijding van faillissementsfraude ziet weggelegd voor de curator. Veel rechters-commissarissen menen reeds dat het de plicht van de curator is bij de politie aangifte te doen van in het faillissement geconstateerde fraude. De minister overweegt fraudebestrijding tot wettelijke taak van de curator te maken.³⁰⁹ De taak die de minister aan de curator toedicht in het wetsvoorstel dat het mogelijk maakt aan bestuurders een zogeheten bestuursverbod op te leggen ligt in het verlengde van deze tendens.³¹⁰ Volgens dit wetsvoorstel kan door de rechtbank aan bestuurders van rechtspersonen een bestuursverbod worden opgelegd indien zij zich tijdens of in de drie jaar voorafgaand aan een faillissement schuldig maken aan kennelijk onbehoorlijk bestuur. Dit verbod kan niet alleen op verzoek van het openbaar ministerie worden opgelegd, maar ook op vordering van de curator. Hieruit blijkt dat het openbaar belang invloed kan hebben (althans krijgen) op bij de afwikkeling van een insolventie (faillissement) geldende wettelijke bepalingen. Overigens is er veel kritiek op dit wetsvoorstel; juist omdat men meent dat de curator slechts de belangen van de schuldeisers dient te behartigen.³¹¹

De rol van het algemeen belang bij de afwikkeling van (wettelijke) schuldsaneringsregelingen is niet terug te vinden in bepalingen van procesrechtelijke aard en evenmin in jurisprudentie. Deze blijkt wel uit de wetsgeschiedenis van het in art. 288 neergelegde toelatingscriterium, dat voorschrijft dat de verzoeker aannemelijk moet maken dat hij te goeder trouw is ten aanzien van het ontstaan en onbetaald laten van zijn schulden (art. 288 lid 1 onder b). In het verlengde daarvan blijkt de rol van het maatschappelijk belang uit de wijze waarop de rechter(-commissaris) zijn bevoegdheden uitoefent.

Blijkens de wetsgeschiedenis van art. 288 gaat het er bij de toetsing van die goede trouw om dat misbruik van de schuldsaneringsregeling wordt voorkomen en daarmee het maatschappelijk draagvlak voor de schuldsaneringsregeling behouden blijft.³¹² Hieruit kan worden afgeleid dat niet zozeer de belangen van de schuldeisers doorslaggevend zijn bij de beoordeling van een Wsnp-verzoek (op dit punt), maar dat het meer gaat om het algemeen belang dat een door de overheid geïntroduceerde en deels door haar gesubsidieerde mogelijkheid om 'financiële gratie' te verkrijgen niet wordt misbruikt.³¹³ Dit verklaart de wijze waarop de rechter Wsnp-verzoeken beoordeelt, te weten door de relevante

309 De minister heeft in februari 2014 een voorontwerp tot wijziging van de Faillissementswet gepubliceerd. Daarin wordt de curator verplicht geconstateerde onregelmatigheden bij de rechter-commissaris te melden. Zie www.rijksoverheid.nl.

310 Het wetsvoorstel Wet civielrechtelijk bestuursverbod is in juni 2014 voor advies naar de raad van State gezonden. De concept tekst is te vinden op www.internetconsultaties.nl.

311 Zie de opmerkingen Insolad bij het concept-wetsvoorstel d.d. 19 november 2013, p. 3 (<http://static.basenet.nl/cms/105928/website/reactie-insolad-op-voorontwerp-bestuursverbod.pdf>), zie voorts B. Wessels, 'Een blik op de toekomst van schuldsaneringsbewindvoering in Nederland', *WP* 2014/2, p. 26.

312 Zie *Kamerstukken II* 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 12-14 (voor komen misbruik) en *Kamerstukken II* 2005/06, 29 942, nr. 3, p. 2 (maatschappelijk draagvlak). Het maatschappelijk draagvlak voor de schuldsaneringsregeling werd bijvoorbeeld uitdrukkelijk in de overwegingen betrokken door Hof Amsterdam 25 januari 2000, *L/N* AE9563.

313 De overheid vergoedt een deel van de kosten van de bewindvoerder, zie Stb. 2013, 308 (Besluit vergoeding bewindvoerder schuldsanering). In dit verband zij tevens gewezen op de kosten van het gerechtelijk apparaat (rechtbank, rechter-commissaris en ondersteuning).

feiten en omstandigheden deels ambtshalve op te vragen en voorts ter zitting daarover nadere vragen te stellen. Dit is beschreven in par. 2.5.6.

Het algemeen of openbaar belang is bovendien zichtbaar in de wijze waarop de procedure tot tussentijdse beëindiging van een schuldsaneringsregeling in de praktijk vorm krijgt. Waar de bewindvoerder de eerst aangewezen functionaris is om een verzoek tot tussentijdse beëindiging te doen, is het geregeld de rechter-commissaris die daartoe ambtshalve naar aanleiding van een bericht van de bewindvoerder overgaat.³¹⁴ De rechter-commissaris beschouwt het daarmee als zijn taak om het niet-nakomen van verplichtingen door de schuldenaar die volgens hem moeten leiden tot beëindiging van die regeling (zonder toekenning van de schone lei) aan de rechtbank voor te leggen. Hierin klinkt het algemeen of openbaar belang bij controle op het nakomen van die verplichtingen door.

Indien een voordracht tot tussentijdse beëindiging is gedaan dan worden de schuldeisers, hoewel art. 350 daarin wel voorziet, vrijwel nooit opgeroepen terwijl zij toch als belanghebbenden zijn aan te merken. De vraag of tot tussentijdse beëindiging moet worden besloten speelt zich dus niet af aan de hand van een debat tussen betrokken partijen (te weten de schuldenaar en diens schuldeisers), maar wordt geregeld beantwoord naar aanleiding van een door een overheidsfunctionaris (de rechter-commissaris) aan een collega (de rechtbank) gedane melding.

Wellicht verklaart dit waarom er in de jurisprudentie diverse uitspraken te vinden zijn waarin de rechter bij de beslissing op het verzoek of de voordracht tot tussentijdse beëindiging het beginsel van hoor en wederhoor schendt. De schending van dit hoofdbeginsel bestaat in die gevallen daarin dat de rechter zijn beslissing mede baseert op informatie die na de zitting (mondelinge behandeling van het verzoek of de voordracht) van de bewindvoerder wordt ontvangen of anderszins niet bekend was bij de schuldenaar.³¹⁵ Soms gaat het om informatie die evenmin bekend was bij de bewindvoerder zelf.³¹⁶

De wijze waarop de procedure van art. 350 in de praktijk wordt gevoerd bevestigt niet alleen dat de schuldenaar in het schuldsaneringsrecht centraal staat, maar vormt tevens een aanwijzing dat veel gewicht wordt toegekend aan de overweging van algemeen belang die wil dat geen misbruik wordt gemaakt van de schuldsaneringsregeling bij beslissingen op verzoeken of voordrachten tot tussentijdse beëindiging.

2.5.9 *Welke rol speelt het beginsel van hoor en wederhoor in het insolventieprocesrecht?*

Volgens de regels van het ‘gewone’ burgerlijk procesrecht (titel 3) wordt een verzoekschrift in beginsel ter zitting behandeld, wordt de belanghebbende daarvoor opgeroepen en is deze zitting (art. 27 Rv) openbaar. Mondelinge behandeling en dus oproeping van belanghebbenden blijft slechts achterwege als

314 Het is niet bekend in welk percentage van de zaken de voordracht door de rechter-commissaris in plaats van de bewindvoerder wordt gedaan.

315 Zie bijvoorbeeld. HR 20 april 2007, *LJN* AZ7625, Hof Amsterdam 22 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2702 en Hof Arnhem-Leeuwarden 7 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6260.

316 HR 9 november 20012, *LJN* BX5882, *NJ* 2012/637.

de rechter zich direct onbevoegd verklaard of het verzoek toewijst (art. 279 lid 1 Rv).

In het insolventieprocesrecht worden belanghebbenden niet steeds opgeroepen om te worden gehoord. Dit is enerzijds verklaarbaar door de spoedeisendheid van zaken en anderzijds door het gegeven dat een aantal beslissingen het karakter van een ordemaatregel heeft. Het beginsel van hoor en wederhoor vervult aldus een minder prominente rol dan in het burgerlijk procesrecht.

De Hoge Raad heeft echter reeds in de jaren tachtig van de vorige eeuw geoordeeld dat een verzoek tot faillietverklaring een procedure is die onder het bereik van art. 6 EVRM valt.³¹⁷ In deze verdragsbepaling is vastgelegd dat een ieder bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling ('fair (...) hearing') van zijn zaak. Vaste rechtspraak van het EHRM is dat een 'fair hearing' het recht op 'adversarial proceedings' omvat. Een 'adversarial proceeding' houdt in dat de in rechte betrokken partijen kennis kunnen nemen van, en zich kunnen uitlaten over, alle gegevens en bescheiden die in het geding worden gebracht.³¹⁸

Een procedure tot toepassing van de schuldsaneringsregeling valt, gelet op het voorgaande, onder het bereik van art. 6 EVRM. De vermogensrechtelijke gevolgen zijn bij toelating tot de schuldsaneringsregeling immers vergelijkbaar met die van een faillietverklaring.

Bij deze beide procedures tot opening van een insolventieprocedure worden (derde-) belanghebbenden echter niet gehoord. Schuldeisers worden evenmin gehoord bij de behandeling van een verzoek tot faillietverklaring van de schuldenaar zelf (eigen aangifte genaamd) of een verzoek tot voorlopige surseance van betaling. Wel is het zo dat werknemers een aparte beroepsmogelijkheid hebben (art. 13a en 67 lid 2) en dat de schuldeisers het recht van verzet toekomt (art. 10) in het geval een werkgever respectievelijk schuldenaar in staat van faillissement is verklaard. In procedures tot opening van een insolventie wordt aldus in de praktijk beperkt invulling gegeven aan het beginsel van hoor en wederhoor.

Er is enige jurisprudentie van de Hoge Raad over het beginsel van hoor en wederhoor tijdens een insolventieprocedure.

Allereerst is er een arrest van ons hoogste rechtscollege uit 1999 betreffende de vaststelling van het salaris van de curator.³¹⁹ In die zaak had de rechtbank het salaris van de curator lager vastgesteld dan door deze zelf was voorgesteld, zonder hem te horen. De Hoge Raad achtte het niet juist dat de curator niet was gehoord en vernietigde de beschikking van de rechtbank. De Hoge Raad nam daarbij in aanmerking dat 'de belangen van de curator rechtstreeks zijn betrokken bij de vaststelling van het salaris waarop hij meent recht te hebben' (r.o. 3.2). Hier staat tegenover dat de Hoge Raad bij de vaststelling van het salaris van de curator geen hoorplicht ten aanzien van de gefailleerde aanneemt, terwijl deze in beginsel eveneens belanghebbende is.³²⁰

317 HR 26 juni 1981, *NJ* 1982/450, m.nt. Ma en EAA en HR 20 mei 1988, *NJ* 1989/676, m.nt. Ma en EAA. Beide arresten van de Hoge Raad betroffen de wijze van bewijsvoering en de vraag of de behandeling van een faillissementsverzoek in het openbaar plaatsvindt zodat deze hier niet verder worden besproken.

318 Zie nader par.2.3.

319 HR 12 november 1999, *LJN* AA3364, *NJ* 2000, 52 m.nt. P. van Schilfgaarde.

320 HR 23 februari 2001, *LJN* AB0205, *JOR* 2001, 76 en HR 19 januari 1990, *NJ* 1991/213, m.nt. EAA.

In 2012 is het beginsel van hoor en wederhoor aan de orde geweest in een schuldsaneringszaak. In die procedure was een schuldsaneringsregeling door de rechtbank beëindigd met toekenning van de schone lei. Een schuldeiser ging van dit vonnis in hoger beroep. Het hof heeft toen de schone lei alsnog geweigerd. Blijkens het arrest van het hof was het proces-verbaal van de zitting van de rechtbank, waarop de voordracht van de bewindvoerder tot die tussentijdse beëindiging werd behandeld, tot de processtukken gerekend. De Hoge Raad heeft aanleiding gezien (art. 83 RO) bij de rechtbank en het hof na te vragen of het proces-verbaal aan partijen was toegezonden. Hieruit bleek dat noch de rechtbank noch het hof dit stuk aan partijen had gezonden. De Hoge Raad stelde daarop vast dat het recht op hoor en wederhoor, zoals gewaarborgd in art. 6 EVRM, was geschonden. Het arrest van het hof werd daarom vernietigd.³²¹ Opvallend is dat de Hoge Raad in deze uitspraak verwijst naar art. 19 Rv. Deze bepaling is niet van toepassing op procedures ingevolge de Faillissementswet. Verder valt op dat de Hoge Raad aangeeft dat de grondslag van het recht op hoor en wederhoor is gelegen in het vertrouwen dat rechtszoekende dienen te kunnen stellen in het goed functioneren van de rechtspraak. Deze overweging vormt de opmaat voor het oordeel dat het bij schending van dit beginsel niet van belang is of de gegevens en bescheiden waarvan partijen geen kennis hebben al dan niet nieuwe feiten of argumenten bevatten, dan wel daadwerkelijk van invloed zijn geweest op de beslissing van de rechter. Vanwege het vertrouwen in de rechtspraak dat hier in het geding is, is het niet aan de rechter maar aan partijen om te beoordelen of de desbetreffende gegevens of bescheiden nopen tot een reactie. Dit is, aldus de Hoge Raad, slechts anders als het om informatie gaat waarvan in redelijkheid niet kan worden gezegd dat zij van enig belang kan zijn voor de beoordeling van de zaak. Deze uitzonderingssituatie deed zich niet voor; de voormalige schuldenaren waren in het geheel niet gehoord. Met dit oordeel leidt schending van het recht op hoor en wederhoor vrijwel steeds tot vernietiging van de uitspraak. De Hoge Raad lijkt hiermee terug te komen op eerdere nuancering van de schending van dit beginsel. Want uit eerdere jurisprudentie in dit verband, zoals geanalyseerd door de advocaat-generaal Timmerman, blijkt dat de Hoge Raad voorheen geen grond zag voor vernietiging van een uitspraak wegens schending van dit beginsel, indien:

- a. de betrokken partij geen nadeel heeft ondervonden in zijn processuele positie³²²,
- b. er voldoende ander bewijsmateriaal voorhanden was dat op zichzelf de toewijzing van de vordering kon dragen³²³,
- c. het om gegevens (van feitelijke aard) gaat die zonder belang (voor de beslechting van de zaak) zijn.³²⁴

De beide arresten uit 1999 en 2012 betroffen procedures na opening van de insolventieprocedure. Het is van belang om op te merken dat de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b daaraan vooraf gaan. Daarom is een uitspraak van

321 HR 9 november 2012, *LJN* BX5882, *NJ* 2012/637.

322 HR 12 maart 1999, *NJ* 1999/400.

323 HR 10 november 2006, *LJN* AZ1899.

324 HR 23 maart 2007, *LJN* AZ4571, *NJ* 2007/178.

het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (nader: Hof van Justitie) uit 2006, bekend als de Eurofood zaak, belangrijk. Daaruit blijkt dat het beginsel van hoor en wederhoor ook in procedures tot opening van een insolventie een prominente plaats inneemt.³²⁵ Voor een goed begrip wordt kort de casus geschetst. Eurofood was een in Ierland geïncorporeerde vennootschap. Een Ierse rechter had op verzoek van een schuldeiser van Eurofood bij wijze van voorlopige voorziening een provisioneel vereffenaar benoemd. Eurofood behoorde tot het Parmalat-concern, waarvan de moeder een in Italië gevestigde vennootschap was. Kort voor de beslissing van de Ierse rechter hadden de Italiaanse autoriteiten een noodwet uitgevaardigd op grond waarvan die Italiaanse moedermaatschappij (Parmalat SpA) in (een soort) surseance van betaling kwam te verkeren. Hierbij werd een bewindvoerder benoemd. Deze Italiaanse bewindvoerder was het niet eens met de beslissing van de Ierse rechter tot benoeming van een provisioneel vereffenaar en verzocht de Italiaanse rechter om zodanige uitbreiding van de surseance van betaling dat deze zich ook tot Eurofood zou uitstrekken. De zittingsdatum voor dit verzoek werd vastgesteld op dinsdag 17 februari 2004. De Ierse provisionele vereffenaar werd hiervan op vrijdag 13 februari 2004 (17.15 uur) op de hoogte gesteld. De Italiaanse rechter verklaarde zich op 20 februari 2004 bevoegd om de insolventie van Eurofood uit te spreken. De Ierse rechter diende toen nog te beslissen op de vraag of het vermogen van Eurofood definitief vereffend diende te worden. De Ierse rechter oordeelde (23 maart 2004) dat met het liquidatieverzoek van de schuldeiser op 27 januari 2004 de opening van de insolventieprocedure in Ierland had plaatsgevonden. Ook oordeelde hij dat het centrum van de voornaamste belangen van Eurofood zich in Ierland bevond.³²⁶ Artikel 3 van de Europese Insolventieverordening (IVO) bepaalt immers dat de rechters van de lidstaat waar het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar gelegen is, bevoegd zijn de insolventieprocedure te openen. Bij vennootschappen en rechtspersonen wordt, zolang het tegendeel niet is bewezen, het centrum van de voornaamste belangen vermoed de plaats van de statutaire zetel te zijn. Voorts oordeelde de Ierse rechter dat de insolventverklaring van Eurofood in Italië gebrekkig was en erkende daarom, met een beroep op de zogeheten ‘openbare ordeclausule’ van art. 26 IVO, die Italiaanse uitspraak niet.³²⁷ De Ierse rechter zette de voorlopige vereffening vervolgens om in een van definitieve aard. De Italiaanse bewindvoerder ging van deze uitspraak in hoger beroep bij het Ierse hooggerechtshof. De hoogste Ierse rechter heeft daarop prejudiciële vragen gesteld aan het Europese Hof van Justitie. Het Ierse hooggerechtshof vroeg het Europese Hof van Justitie – onder meer – of de Ierse rechter op grond van de Europese Insolventieverordening bevoegd was tot opening van de insolventieprocedure. Het Hof van Justitie kreeg tevens de zogenaamde ‘openbare orde-exceptie’ te

325 HvJ EG 2 mei 2006, *NJ* 2010/93, m.nt. Vlas, *JOR* 2006/224, m.nt. Veder, *AA* 2006, 907, m.nt. Vriesendorp. In die zin tevens: Samuel L. Bufford, Center of Main Interest, International Insolvency Case Venue, and Equality of Arms: The Eurofood Decision of the European Court of Justice, in: 27 *Northwestern Journal of International Law & Business*, Winter 2007.

326 Comi is de afkorting voor centre of main interests.

327 Een openbare ordeclausule is gebruikelijk in het internationaal privaatrecht, in het bijzonder bij strijd met de grondbeginselen van het recht van de lidstaat of met de grondwettelijk beschermde rechten en individuele vrijheden. De clausule biedt een land de mogelijkheid ongewenste gevolgen van een automatische erkenning te voorkomen.

beoordelen, die door een lidstaat op grond van artikel 26 IVO kan worden opgeworpen om erkenning van een buitenlandse insolventieprocedure of haar gevolgen te weigeren. Het hof overwoog: '(65) Wat de procedure betreft, heeft het hof uitdrukkelijk het algemene beginsel van gemeenschapsrecht erkend, dat een ieder recht heeft op een eerlijk proces (...). Dit beginsel is afgeleid uit de fundamentele rechten die integrerend deel uitmaken van de algemene beginselen van gemeenschapsrecht welke eerbiediging het hof verzekert. Daarbij laat het hof zich leiden door de constitutionele tradities welke de lidstaten gemeen hebben, alsmede door de aanwijzingen die met name te vinden zijn in het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950.

(66) Wat meer bepaald het recht op mededeling van de processtukken en, meer algemeen, het recht om te worden gehoord betreft, waarop in de vijfde vraag van de verwijzende rechter wordt gealludeerd, zij erop gewezen dat deze een eminente plaats innemen in de organisatie en het verloop van een eerlijk proces. In het kader van een insolventieprocedure is het recht van de schuldeisers of hun vertegenwoordigers om met eerbiediging van het beginsel van de processuele gelijkheid deel te nemen aan de procedure, van bijzonder belang. Zo de wijze waarop het recht om te worden gehoord kan worden uitgeoefend, naar gelang van de voor een uitspraak vereiste spoed kan verschillen, moet elke beperking van de uitoefening van dat recht genoegzaam worden gerechtvaardigd en gepaard gaan met procedurele waarborgen die de bij een dergelijke procedure betrokken personen een daadwerkelijke mogelijkheid bieden om de spoedeisende maatregelen te betwisten.'

Het was daarmee voor het eerst dat het Hof van Justitie in een insolventieprocedure het beginsel van hoor en wederhoor en het daaraan verwante beginsel van 'equality of arms' toepaste.³²⁸ Het hof overwoog dat het recht van schuldeisers om deel te nemen aan een 'insolventieprocedure' van bijzonder belang is. Het erkende weliswaar dat de wijze waarop dit recht kan worden uitgeoefend, kan worden beperkt wegens de voor een uitspraak vereiste spoed, maar benadrukte dat elke beperking tot de uitoefening van dat recht genoegzaam moet worden gerechtvaardigd en gepaard moet gaan met waarborgen voor de betrokken personen om de spoedeisende maatregelen te betwisten. Dit is in een tamelijk sterke norm en betekent dat er goede argumenten moeten zijn om het recht van de schuldeisers te worden gehoord te beperken. Het is duidelijk dat deze beperking kan worden gerechtvaardigd doordat grote spoed is geboden bij de beslissing op in een 'insolventieprocedure.'

De Eurofood zaak heeft geleid tot de opname van het beginsel van hoor en wederhoor in de Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases (nader: Global Principles) die in 2012 zijn opgesteld door Flechter en Wessels.³²⁹ Artikel 5 van die principes bepaalt onder meer dat de zogeheten 'equality of arms' geldt in alle beslissingen in internationale insolventiezaken.

328 Zie aldus ook: Bufford, Samuel L., 'Center of Main Interest, International Insolvency Case Venue, and Equality of Arms: The Eurofood Decision of the European Court of Justice', in: 27 *Northwestern Journal of International Law & Business*, Winter 2007.

329 www.bobwessels.nl/weblog/2012-06-doc1.

De ‘equality of arms’ in artikel 5 van de Global Principles houdt onder meer in dat elke partij in internationale insolventiezaken een volledige en eerlijke mogelijkheid krijgt om zijn zaak te bepleiten, bewijsstukken over te leggen en om te reageren op het pleidooi en het bewijs van de andere partijen.³³⁰ In artikel 5 lid 2 wordt onder ogen gezien dat hieraan in spoedgevallen niet steeds invulling gegeven kan worden. Voor die gevallen bepaalt lid 2 dat de rechter of de partijen alle bij de beslissing betrokken partijen informeert c.q. informeren, waaronder de belangrijkste gewone schuldeisers, alle schuldeisers met een zekerheidsrecht op een of meer vermogensbestanddelen van de schuldenaar evenals de relevante overheidsinstellingen. In voorkomend geval mag elke partij zo snel als dat mogelijk is op een versnelde basis om herziening of vernietiging van de beslissing vragen. Ten slotte is bepaald dat als een beslissing op versnelde basis wordt gegeven deze tijdelijk is en een zo beperkt mogelijke strekking heeft, gegeven het belang van de schuldenaar om de onderneming te kunnen voortzetten of het vermogen te bewaren. De rechter moet daarna alsnog de betrokken partijen in de gelegenheid stellen hun standpunt en bewijs naar voren te brengen overeenkomstig het bepaalde in lid 1.

De conclusie is dat het beginsel van hoor en wederhoor (thans) ook in het insolventieprocesrecht een prominente plaats inneemt. Enkel vereiste spoed kan (tijdelijk) aan dit beginsel derogeren. Daarvan kan met name in de procedures van art. 287 lid 4 en 287b sprake zijn.

2.5.10 *De wettelijk voorgeschreven ‘voorfase’ in het schuldsaneringsrecht*

Kenmerkend voor de wettelijke schuldsaneringsregeling is, tot slot, dat de fase voorafgaand aan de (eventuele) toelating tot deze insolventieprocedure aan bepaalde wettelijk voorgeschreven eisen moet voldoen. Een schuldenaar wordt alleen tot deze insolventieprocedure toegelaten indien hij heeft geprobeerd een regeling met zijn schuldeisers te treffen (art. 288 lid 2 onder b). Dit wordt het minnelijke traject genoemd. De wetgever heeft bepaald dat de schuldenaar dit niet zelf mag proberen maar dat deze poging moet zijn uitgevoerd door nader in de wet omschreven personen of instellingen (art. 48 lid 1 Wck j° 288 lid 2 onder b). De schuldenaar moet het doorlopen van het voortraject bovendien op een voorgeschreven wijze onderbouwen, te weten door een met redenen omklede verklaring van (het college van) B&W van de gemeente van de woonplaats van de schuldenaar (art. 285 lid 1 onder f) over te leggen. De verklaring houdt in dat er geen reële mogelijkheden zijn tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen. De verklaring kan tevens worden afgegeven door een door B&W gemandateerde kredietbank of een (rechts)persoon genoemd in art. 48 lid 1 onder d Wck.

De wetgever heeft met deze regeling willen bewerkstelligen dat schuldenaren slechts tot de wettelijke schuldsaneringsregeling worden toegelaten indien een minnelijke regeling niet mogelijk is.³³¹ Het minnelijke traject heeft aldus voorrang.

330 Daarmee rijst de vraag of bij de beslissing op het Wsnp-verzoek – die over het algemeen niet (zeer) spoedeisend is – niet tevens de schuldeisers opgeroepen zouden moeten worden. Deze vraag gaat echter het bestek van dit onderzoek te buiten en zal daarom niet worden besproken.

331 *Kamerstukken II 1996/97*, 22 969, nr. 133a.

De beredeneerde verklaring van art. 285 lid 1 onder f geeft de insolventierechter een eenvoudig instrument om na te gaan of het minnelijke traject is doorlopen.

2.5.11 *Afronding*

De drie te onderzoeken wetsartikelen zijn opgenomen in de Faillissementswet. Deze wet kent van oudsher eigen procesrechtelijke regels. Deze worden wel het insolventieprocesrecht genoemd. In dit hoofdstuk, en met name in deze paragraaf, is gebleken dat insolventieprocesrecht weliswaar tot het terrein van het burgerlijk procesrecht hoort, maar dat dit procesrecht een vijftal van dat rechts-terrein afwijkende uitgangspunten en kenmerken vertoont.³³² Het schuldsanerings(proces)recht, dat onderdeel is van het insolventieprocesrecht, kent ten slotte nog een eigen, van het gewone procesrecht afwijkend en als zesde aan te duiden kenmerk.

Een belangrijke, zo niet de belangrijkste doelstelling van het insolventieprocesrecht is dat de insolventieprocedure voortvarend moet (kunnen) worden afgerond. Dit komt tot uitdrukking in de korte termijnen waarbinnen de rechter geacht wordt te beslissen, de korte termijnen voor het instellen van een rechtsmiddel en het gesloten stelsel van rechtsmiddelen, inhoudende dat het instellen van rechtsmiddelen tegen een beslissing soms is uitgesloten. Dit kan het eerste kenmerk worden genoemd.

Ten tweede is kenmerkend voor het procesrecht in de Faillissementswet dat de procedures niet steeds betrekking hebben op geschillen tussen partijen. Hieruit vloeit voort dat beslissingen soms niet of nauwelijks gemotiveerd behoeven te worden. Voorts is in het schuldsaneringsrecht de schuldenaar centraal komen te staan.

Ten derde gelden regels van bewijsrecht niet of in mindere mate; ook niet indien sprake is van een geschil tussen partijen. Dit vloeit voort uit de omstandigheid dat de doelstelling van het insolventieprocesrecht gericht is op een spoedige afwikkeling van de insolventie. De insolventierechter neemt zijn beslissing aan de hand van de vraag of feiten (en omstandigheden) voldoende aannemelijk zijn. Hij stelt zich bij het onderzoek naar de feiten (en omstandigheden) veelal actief op; actiever dan in procedures ingevolge het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Het ontbreken van procedurevoorschriften en het (veelal) ontbreken van juridisch geschoolde gemachtigden kunnen dit verklaren dan wel versterken. De actieve opstelling van de rechter kan mede verband houden met een vierde kenmerk van het insolventieprocesrecht.

Bijzonder voor het procesrecht is, ten vierde, namelijk dat in faillissementen en schuldsaneringsregelingen een lid van de rechtbank tot rechter-commissaris wordt benoemd en dat deze rechter niet alleen geschillenbeslechter is, maar tevens toezichthoudende, organisatorische en voorlichtende taken heeft. Daarbij valt op dat deze rechter-commissaris zijn bevoegdheden ambtshalve kan uitoefenen. Dit geldt ook voor de rechtbank. Hierin lijkt door te klinken dat met het

332 Vgl. Wessels Insolventierecht I 2012/1291. Kenmerkend voor het insolventieprocesrecht zijn volgens hem (i) het aanhangig maken met een verzoekschrift, (ii) het afwezig zijn van een gedaagde, (iii) het minder formeel en dus sneller zijn van de procedure, (iv) dat aan motivering minder strenge eisen worden gesteld en (v) dat het wettelijke bewijsrecht niet of in veel mindere mate van toepassing is.

goed en snel afwikkelen van insolventieprocedures, dat zoals opgemerkt de (primaire) doelstelling in het insolventieprocesrecht, maatschappelijke belangen zijn gemoeid die meer omvatten dan de individuele belangen van de schuldenaar en de betrokken schuldeisers.³³³ Dit komt onder meer tot uitdrukking in de regel dat een faillissement om redenen van openbaar belang uitgesproken kan worden en een schuldsaneringsregeling door een derde (i.e. B&W) kan worden verzocht. Dit kan als een vijfde kenmerk van insolventieprocesrecht worden gezien.

In de zesde en laatste plaats is kenmerkend voor de wettelijke schuldsaneringsregeling (niet het insolventieprocesrecht) dat de fase voorafgaand aan de (eventuele) toelating tot deze insolventieprocedure aan bepaalde eisen moet voldoen. Een schuldenaar wordt alleen tot deze insolventieprocedure toegelaten indien hij heeft geprobeerd een regeling met zijn schuldeisers te treffen. Dit wordt het minnelijke traject genoemd. De wetgever heeft bepaald dat de schuldenaar dat niet zelf mag proberen maar dat deze poging moet zijn uitgevoerd door nader in de wet omschreven personen of instellingen (art. 288 lid 2 onder b j° 48 lid 1 Wck). De schuldenaar dient dit op een voorgeschreven wijze te onderbouwen.³³⁴

2.6 Uitwerking van het procedurele kader voor de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b

Wat betekent het voorgaande voor het procedurele kader van waaruit de procedures worden onderzocht? De leidende gedachte is hoe de drie procedures, gegeven de zeer beperkte beschrijving daarvan in de wet, kunnen aansluiten bij het insolventieprocesrecht en in het burgerlijk procesrecht kunnen worden ingepast. Een complicerende factor is dat het gaat om procedures ingevolge de Faillissementswet en dat het procesrecht in deze wet, het insolventieprocesrecht, naast het burgerlijk procesrecht een eigen plaats inneemt en eigen, van het burgerlijke procesrecht afwijkende kenmerken vertoont. Het insolventieprocesrecht is in de vorige paragraaf onderzocht en gekarakteriseerd. De zes bijzondere kenmerken van insolventieprocesrecht zijn, samengevat:

- a. snelle procedures met korte termijnen en een gesloten stelsel van rechtsmiddelen,
- b. niet steeds is sprake van een geschil tussen partijen en in het schuldsaneringsrecht is de schuldenaar centraal komen te staan,
- c. de feiten worden niet op klassieke wijze vastgesteld en
- d. de rechter stelt zich ten aanzien van het bijeenbrengen van die feiten veelal actief op,
- e. de insolventierechter heeft ook niet-rechterlijke taken en bevoegdheden,
- f. het raakt aan het terrein van het publiekrecht/het algemeen belang,
- g. de wetgever heeft een traject voorafgaand aan de schuldsaneringsregeling voorgeschreven.

³³³ Vgl. stelling 25 van J.C. Apeldoorn bij zijn proefschrift (Apeldoorn 2009) 'De vele maatschappelijke taken die op het bordje van de curator worden gelegd zijn een geprivatiseerde vorm van overheidsbeleid'.

³³⁴ Te weten door een met redenen omklede verklaring van B&W van de gemeente van de woonplaats van de schuldenaar dan wel een door dat college gemandateerde kredietbank of (rechts)persoon genoemd in art. 48 lid 1 onder d Wck, zie art. 285 lid 1 onder f.

Voor wat betreft de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b is geconcludeerd dat daarop titel 3 (en daarmee de algemene bepalingen van art. 19 Rv e.v.) toepasselijk, althans toepasbaar zijn, met dien verstande dat de bijzondere kenmerken van het insolventieprocesrecht kunnen prevaleren.

Het te schetsten procedurele kader houdt dan het volgende in.

Ten eerste geldt het ‘super’beginsel van hoor en wederhoor. Dit volgt zowel uit art. 6 EVRM als uit het toepasselijke, of analogisch toe te passen, art. 19 Rv. Het Eurofood-arrest van het Hof van Justitie uit 2006 bevestigt dit. Vereiste spoedeisendheid kan, zo blijkt uit het Eurofood-arrest, meebrengen dat dit beginsel (tijdelijk) niet van toepassing is.

Ten tweede brengt de aard van het insolventieprocesrecht voor de drie procedures mee dat sprake is van op spoed gerichte procedures met korte termijnen (a), dat het bewijsrecht in beperkte mate toepasselijk is (c), dat de rechter zich bij het bijeenbrengen van het bewijs/de feiten actief opstelt (d) en dat de verplichte voorprocedure (het minnelijke traject) een belangrijke rol speelt (g). Korte termijnen en een beperkte rol van het bewijsrecht vloeien, voor wat betreft art. 287 lid 4 en 287b, tevens voort uit de aard van de procedures zelf. Dit zijn immers beide voorlopige voorzieningenprocedures. In dergelijke procedures gelden korte termijnen en is in beginsel geen sprake van toepassing van regels van bewijsrecht. In de procedure van art. 287a zouden regels van bewijsrecht, conform het toepasselijke (of analogisch toe te passen) art. 284 Rv, wel toepasselijk (moeten) zijn. Reeds nu kan worden vastgesteld dat de drie procedures niet naadloos passen in het systeem en bij de aard van het insolventieprocesrecht. De onder b en d genoemde kenmerken van het insolventieprocesrecht spelen geen rol: er is immers steeds sprake van een geschil tussen partijen (dat wil zeggen tegenspraak) (b) en de insolventierechter treedt niet op als toezichthouder, maar als geschillenbeslechter (e). In procedures ex art. 287 lid 4 is een geschil overigens niet direct aanwijsbaar, hetgeen onderwerp van dit onderzoek zal zijn. Het lijkt in het algemeen belang dat met art. 287 lid 4 en 287b sociale noodsituaties en schrijnende gevallen worden voorkomen, dat daarmee een wettelijke of minnelijke schuldsanering bereikt kan worden en dat met een gedwongen schuldregeling een wettelijke schuldsaneringsregeling onnodig wordt (f).³³⁵ Of en hoe dit inwerkt op de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b is moeilijk te zeggen.

Ten derde vormen, met inachtneming van het voorgaande, de bepalingen van titel 3 en daarmee de algemene bepalingen van art. 19 Rv e.v. het richtsnoer voor de drie procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b. Het Procesreglement verzoekschriftprocedures rechtbanken (kantonzaken), zijnde een op de op titel 3 gebaseerde rechtersregeling, is voor de toepassing van de bepalingen van titel 3 in de praktijk van belang. Dit procesreglement wordt daarom tevens bij het onderzoek betrokken.³³⁶ Evenals de drie te onderzoeken procedures ziet deze regeling op verzoekschriftprocedures zonder verplichte procesvertegenwoordiging.

335 Rb. 's-Hertogenbosch 14 januari 2011, *LJN* BP3054 noemt het algemeen belang dat is gediend met een verantwoorde en evenwichtige schuldsaneringsregeling die kan uitmonden in een dwangakkoord.

336 Zie www.rechtspraak.nl (procedures/landelijke regelingen).

Binnen dit procedurele kader is een aantal spanningsvelden aanwezig. Vooreerst kan het beginsel van hoor en wederhoor wringen met het spoedeisende karakter van het insolventieprocesrecht en de drie procedures. Daarnaast staat het in het insolventieprocesrecht gebruikelijke aannemelijkheidsoordeel op gespannen voet met het toepassen van regels van bewijsrecht op grond van het toepasselijke of analogisch toe te passen art. 284 Rv. Dit spanningsveld doet zich enkel voor bij de procedure van art. 287a omdat in beide andere procedures sprake is van een aannemelijkheidsoordeel, nu het daar gaat om voorlopige voorzieningenprocedures. Ten slotte conflicteert de actieve houding van de insolventierechter met de in art. 24 Rv neergelegde lijdelijkheid van de rechter.

In dit onderzoek zal moeten blijken hoe in deze spanningsvelden voor de drie te onderzoeken procedures de juiste balans gevonden kan worden.

Tot slot zij eraan herinnerd dat als derde onderzoeksvraag is geformuleerd wat de bepalingen over het kort geding (art. 254, 438 en 705 Rv), de voorlopige voorziening in en hangende een bodemprocedure (art. 223 Rv) en andere bijzondere voorlopigevoorzieningenprocedures zoals die in echtscheidingszaken (art. 821 Rv e.v.) kunnen betekenen voor de invulling en verbetering van de procedures van art. 287 lid 4, 287a en 287b.

