

NJ 2015/68: Schuldsanering. Hoger beroep; devolutieve werking; verbod van terugwijzing na vernietiging; uitzonderingen; kan niet-ontvankelijkverk...

Instantie:	Hoge Raad (Civiele kamer)	Datum:	17 januari 2014
Magistraten:	Mrs. F.B. Bakels, A.M.J. van Buchem- Spapens, C.E. Drion, G. de Groot, M.V. Polak	Zaaknr:	13/01926
Conclusie:	A-G mr. L. Timmerman		
Noot:	H.J. Snijders	Roepnaam:	-
Brondocumenten:	ECLI:NL:HR:2014:97, Uitspraak, Hoge Raad (Civiele kamer), 17-01-2014; ECLI:NL:PHR:2013:993, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 11-10-2013; Beroepschrift, Hoge Raad, 16-04-2013 Download gedrukte versie (PDF)		

Wetgeving: Art. 347, 1022 Rv; art. 3 Fw

Brondocument: HR, 17-01-2014, nr. 13/01926

Essentie

Schuldsanering. Hoger beroep; devolutieve werking; verbod van terugwijzing na vernietiging; uitzonderingen; kan niet-ontvankelijkverklaring in verzoek tot schuldsanering als uitzondering worden aanvaard?

In HR 11 december 2009, *NJ 2010/581*, m.nt. H.J. Snijders is m.b.t. de devolutieve werking van het appel als volgt beslist. Door het hoger beroep tegen een einduitspraak wordt in beginsel de gehele zaak, zoals zij voor de eerste rechter diende, naar de hogere rechter overgebracht ter beslissing door deze. Deze regel brengt mee dat de hogere rechter zich niet deels aan deze hem opgedragen taak mag onttrekken door een gedeelte van de beslissing van het aan zijn oordeel onderworpen over te laten aan de rechter die zijn oordeel over de zaak reeds heeft gegeven. Onverkorte toepassing van deze regel brengt weliswaar mee dat in een aantal gevallen een substantieel gedeelte van het geschil tussen partijen slechts in één feitelijke instantie zal worden berecht, doch nu die gevallen zich niet met behulp van een duidelijk en in de praktijk eenvoudig te hanteren criterium laten onderscheiden, dient voormelde regel steeds toepassing te vinden, met uitzondering evenwel van de gevallen waarin de appelrechter een uitspraak van de rechter in eerste aanleg vernietigt waarbij deze zich onbevoegd heeft verklaard

van het geschil kennis te nemen, hetzij wegens ontbreken van rechtsmacht van de Nederlandse rechter, hetzij op grond van het bepaalde in art. 1022 lid 2 Rv, hetzij uit hoofde van het onderwerp van het geschil. Met deze uitzonderingen kan op één lijn worden gesteld het geval waarin in eerste aanleg ten onrechte ontslag van instantie is verleend en waarin dus de rechter op louter processuele gronden eveneens niet aan een inhoudelijke behandeling van de zaak tussen de betrokken partijen is toegekomen. In de onderhavige zaak waarin de rechtbank verzoeker tot cassatie in zijn verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsregeling niet-ontvankelijk had verklaard (en waarin daarmee sprake was van een einduitspraak) doet geen van de in het arrest van 11 december 2009 genoemde uitzonderingen zich voor. Het hof diende derhalve ook in het onderhavige geval de zaak aan zich te houden.

Samenvatting

Een aantal stichtingen heeft de rechtbank verzocht verzoeker tot cassatie in staat van faillissement te verklaren. Verzoeker is niet verschenen op de faillissementszitting. Bij exploit is verzoeker erop gewezen dat hij binnen veertien dagen na dagtekening van dat exploit een verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsregeling kon indienen. Van deze mogelijkheid heeft hij geen gebruik gemaakt. De rechtbank heeft verzoeker vervolgens in staat van faillissement verklaard. Verzoeker heeft bij de rechtbank een verzoekschrift ingediend, strekkende tot opheffing van het faillissement onder gelijktijdige toepassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling. De rechtbank heeft dit verzoek afgewezen op de grond dat verzoeker zijn verzoek niet tijdig heeft gedaan om redenen die aan hem zijn toe te rekenen. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Het hof heeft daartoe overwogen dat er, gelet op het bepaalde in HR 11 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0857, NJ 2010/581, m.nt. H.J. Snijders, in beginsel reden zou zijn om de zaak terug te wijzen naar de rechtbank indien het hof tot het oordeel zou komen dat verzoeker ontvankelijk was in zijn verzoek tot opheffing van het faillissement onder het gelijktijdig uitspreken van de wettelijke schuldsaneringsregeling. Het is immers verdedigbaar, aldus het hof, dat de rechtbank in dit geval, op louter processuele gronden, niet aan een inhoudelijke behandeling van de zaak is toegekomen. Het oordeelde dat het echter in zaken als deze, waarin een snelle uitspraak geboden is en waarbij de uitspraak in hoger beroep geen gezag van gewijsde krijgt (en later opnieuw een verzoek tot toelating tot de wettelijke schuldsaneringsregeling kan worden gedaan), de voorkeur verdient dat het hof de zaak aan zich houdt. Om die reden is het verzoek van verzoeker op de zitting inhoudelijk behandeld. Het hof kwam tot de slotsom dat het verzoek, indien ontvankelijk, echter dient te worden afgewezen, als gevolg waarvan die ontvankelijkheid in het midden kan blijven. Het middel is gericht tegen het oordeel van het hof dat het de zaak zelf kan afdoen zonder verzoeker in de gelegenheid te stellen in twee instanties te procederen met de mogelijkheid eventuele gebreken in eerste aanleg, in hoger beroep te herstellen.

Bij de beoordeling van het middel wordt het volgende vooropgesteld. In HR 11 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0857, NJ 2010/581, m.nt. H.J. Snijders is als volgt beslist. Door het hoger beroep tegen een einduitspraak wordt in beginsel de gehele zaak, zoals zij voor de eerste rechter diende, naar de hogere rechter overgebracht ter beslissing door deze. Deze regel brengt mee dat de hogere rechter zich niet deels aan deze hem opgedragen taak mag onttrekken door een gedeelte van de beslissing van het aan zijn oordeel onderworpen over te laten aan de rechter die zijn oordeel over de zaak reeds heeft

gegeven. Onverkorte toepassing van deze regel brengt weliswaar mee dat in een aantal gevallen een substantieel gedeelte van het geschil tussen partijen slechts in één feitelijke instantie zal worden berecht, doch nu die gevallen zich niet met behulp van een duidelijk en in de praktijk eenvoudig te hanteren criterium laten onderscheiden, dient voormelde regel steeds toepassing te vinden, met uitzondering evenwel van de gevallen waarin de appelrechter een uitspraak van de rechter in eerste aanleg vernietigt waarbij deze zich onbevoegd heeft verklaard van het geschil kennis te nemen, hetzij wegens ontbreken van rechtsmacht van de Nederlandse rechter, hetzij op grond van het bepaalde in art. 1022 lid 2 Rv, hetzij uit hoofde van het onderwerp van het geschil (vgl. HR 16 april 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0926, NJ 1993/654, en HR 7 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0949, NJ 1993/655, m.nt. HER). Met deze uitzonderingen kan op één lijn worden gesteld het geval waarin in eerste aanleg ten onrechte ontslag van instantie is verleend en waarin dus de rechter op louter processuele gronden eveneens niet aan een inhoudelijke behandeling van de zaak tussen de betrokken partijen is toegekomen. Nu de rechtbank het verzoek had afgewezen, was het hoger beroep gericht tegen een einduitspraak. Geen van de in het arrest van 11 december 2009 genoemde uitzonderingen doet zich voor. Het hof diende derhalve ook in het onderhavige geval de zaak aan zich te houden. Hierop stuit het middel af.

Partij(en)

B., te W., verzoeker tot cassatie, adv.: mr. P.J.Ph. Dietz de Loos.

Voorgaande uitspraak

Hof:

- 3.4** Indien het hof B., anders dan de rechtbank, wel ontvankelijk zou achten in zijn verzoek tot opheffing van het faillissement onder het gelijktijdig uitspreken van de wettelijke schuldsaneringsregeling, zou er, gelet op het arrest van de Hoge Raad van 11 december 2009, NJ 2010/581 (LJN: BK0857), in beginsel reden zijn om de zaak terug te wijzen naar de rechtbank.
- 3.5** Men zou kunnen verdedigen dat de rechtbank in dit geval, om louter processuele gronden, niet aan een inhoudelijke behandeling van de zaak is toegekomen, zodat de zaak in een dergelijk geval dient te worden teruggewezen naar de rechtbank. Het hof is echter van oordeel dat in zaken als deze, waarin een snelle uitspraak geboden is en waarbij de uitspraak in hoger beroep geen gezag van gewijsde krijgt (en men op een later moment opnieuw een verzoek kan indienen tot toelating tot de wettelijke schuldsaneringsregeling), het de voorkeur verdient dat het hof de zaak aan zich houdt. Om die reden is het verzoek van B. ter zitting ook inhoudelijk behandeld.
- 3.6** Het hof is van oordeel dat, ook indien B. ontvankelijk zou worden geacht in zijn verzoek tot toelating tot de wettelijke schuldsaneringsregeling, dit verzoek dient te worden afgewezen. Om die reden kan een nader onderzoek naar die ontvankelijkheid achterwege blijven. Het verzoek van B. dient te worden afgewezen omdat hij het hof geen inzicht heeft gegeven in de precieze omvang van zijn

schulden en hij daarnaast onvoldoende inzicht heeft gegeven in de ontstaansdata en de aard van een substantieel deel van zijn schuldenlast en B. onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat hij te goeder trouw is geweest ten aanzien van het ontstaan en onbetaald laten daarvan. Reeds op grond daarvan kan B. niet worden toegelaten tot de wettelijke schuldsaneringsregeling. Hiertoe neemt het hof het volgende in aanmerking.

B. heeft ter zake van de ontstaansdata van een aantal schulden het hof van onvoldoende informatie voorzien. B. heeft onder meer gesteld dat de op de hiervoor onder 3.2 genoemde lijst onder no. 7 tot en met no. 22 vermelde schulden (uitgezonderd schuld no. 11 van Autobedrijf Bleumink B.V.) ouder zijn dan 1 februari 2011, de datum waarop hij zijn laatste onderneming heeft opgericht en dat een aantal schulden (no.'s 3 en 4) uit 2004 stamt. Hoewel dat op zijn weg lag, heeft B. van deze ter zitting geponeerde stelling geen enkel bewijs bijgebracht noch heeft het hof inzicht gekregen in de precieze ontstaansdata.

Voorts heeft B. de juistheid van een groot aantal schulden (waaronder de grootste schuld aan zijn voormalige echtgenote, no. 13) betwist, ook zonder aan die betwisting een gedegen onderbouwing ten grondslag te leggen. Verder is B. op een aantal door het hof aan hem gestelde gerichte vragen, waaronder de vraag waarop de hiervoor onder 3.2 genoemde aan de Belastingdienst verschuldigde bedragen ter zake van loonheffingen (€ 14.305) en van omzetbelasting (€ 6004) betrekking hebben, het antwoord schuldig gebleven.

Mede gelet op de berichtgeving van de curator (die in zijn vijfde openbare verslag d.d. 30 oktober 2012 vermeldt dat de boekhouding naar zijn mening niet voldoet aan de vereisten), zijn er naar het oordeel van het hof dan ook voldoende aanknopingspunten voor het oordeel dat B. gedurende de exploitatie van zijn laatste onderneming geen deugdelijke administratie heeft gevoerd. Dit heeft geleid tot de reeds genoemde aanzienlijke schuld aan de Belastingdienst, ten aanzien waarvan de goede trouw door B. niet aannemelijk is gemaakt. De door B. aangevoerde omstandigheid dat een bevriende jurist zich momenteel bezighoudt met de belastingschuld en dat diens bemoeienis mogelijk kan leiden tot een reconstructie met een positief resultaat, leidt het hof niet tot een ander oordeel. Daarvoor overweegt het hof dat in de eerste plaats ongewis is of de Belastingdienst daadwerkelijk om vermindering van de opgelegde belastingaanslagen is of zal worden verzocht (van zo'n verzoek is in hoger beroep in elk geval niet gebleken), laat staan dat thans al vooruit kan worden gelopen op een eventuele positieve uitkomst daarvan.

- 3.7** Tot slot is het hof van oordeel dat nu B. geen enkel bewijs heeft bijgebracht van zijn veronderstelling dat hij de hiervoor onder 3.2 genoemde schulden aan het CJIB inmiddels geheel dan wel voor het grootste deel heeft voldaan, in hoger beroep moet worden uitgegaan van het bestaan van die schulden, die naar hun aard als niet te goeder trouw moeten worden aangemerkt. Deze schulden zijn een reden temeer om B. de toelating tot de wettelijke schuldsaneringsregeling te onthouden.
- 3.8** Het hoger beroep faalt derhalve. Van bijzondere omstandigheden op grond waarvan het verzoek van B. toch kan worden toegewezen, is onvoldoende gebleken. Het vonnis waarvan beroep zal, met wijziging van gronden, worden bekrachtigd.

Cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen omdat het gerechtshof heeft overwogen en op grond daarvan heeft beschikt als in voormelde uitspraak is omschreven, zulks ten onrechte om de navolgende redenen:

Onderdeel 1

Het hof heeft, door het vonnis van de rechtbank d.d 29 januari 2013 te bekrachtigen, het recht geschonden, althans onbegrijpelijk geoordeeld, doordat het hof de extreem formalistische wijze van wetstoepassing door de rechtbank als weergegeven onder rov 3.3 van het arrest tot de zijne heeft gemaakt en bekrachtigd, zonder daarbij rekening te houden met de maatregelen welke B. voorafgaande aan zijn detinerings heeft getroffen, door zich ingeschreven te laten bij de Gemeentelijke Basisadministratie, alsook een doorzendingsbericht te geven aan TNT-post, alsook ervoor te zorgen dat zijn woning bewoond bleef door een vriend, welke eveneens als 'bezem' fungeerde om post aan hem door te zenden. Door deze door B. getroffen voorzorgsmaatregelen terzijde te stellen met de overweging en oordeel dat 'de gevolgen daarvan komen voor zijn eigen risico' (rov. 3.3 , onderaan, blad 2), heeft het hof blijk gegeven van een overdreven formalistische uitleg (excessive formalism) van de artikelen 3 lid 1 jo. 15 b Fw , waardoor het arrest waarvan cassatie niet in stand kan blijven.

Onderdeel 2

Strijd met het recht, althans onbegrijpelijk, doordat het hof in rov 3.3 niet verschoonbaar heeft geoordeeld en voor risico van B. heeft verklaard dat hij de brief van de rechtbank van 12 september 2011 , alsook latere oproepingen , dagvaarding niet heeft ontvangen, terwijl sprake is van schending van de rechtsplicht uit hoofde van artikel 66 Wet GBA, artikel 67 WGBA, terwijl het hof niet onderzocht heeft in hoeverre de PI en de gemeente in gebreke zijn gebleven uitvoering te geven aan hun wettelijke taak tot registratie van het opnameadres van B. in de penitentiaire instelling, teneinde uitvoering te geven aan het beginsel dat iedere burger daadwerkelijk fysiek voor de Overheid bereikbaar moet zijn.

Immers:

Voortspruitende uit artikel 66 GBA ligt de plicht tot het doen van adreswijziging c.q. registratie briefadres niet bij de gedetineerde, maar bij (— medewerkers van —) de Penitentiaire Inrichting en bij de Gemeente.

Verwezen wordt naar de Circulaire van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de Colleges van burgemeester en wethouders van de gemeenten d.d. 1 juni 2012, mbt de uitvoering van regelgeving, art 49, 67 en 70 Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens (GBA), t.a.v. Registratie briefadres van bewoners van instellingen voor vrouwenopvang van 17 mei 2005 (BPR 2005/U56970).

In deze circulaire staat het volgende:

Uitgangspunt en essentie van de bijhouding van de GBA is dat de overheid haar burgers kent en weet te bereiken. Dit betekent dat een ingezetene in de GBA altijd over een adres moet beschikken: een woonadres of een briefadres.

Voor de bereikbaarheid van de burger gaat het uiteindelijk om waar hij fysiek woont. Voor veel uitvoeringstaken van de overheid is het belangrijk om te weten welke personen op welk adres wonen, denk aan het toekennen van huurtoeslag of zicht op het aantal bewoners bij een calamiteit. In de GBA dient daarom het aantal briefadressen beperkt te blijven, want de overheid wil haar burgers direct en fysiek kunnen bereiken.

(...)

Indien het woonadres het adres is van een instelling die is aangewezen ingevolge artikel 67 Wet GBA kan voor een briefadres worden gekozen. Het gaat om instellingen waarbij de opnemings van het adres de persoonlijke levenssfeer schaadt.

Op het briefadres dient de betrokkene voor de overheid bereikbaar te zijn. Er moet zekerheid bestaan dat voor betrokkene bestemde overheidsstukken (bijvoorbeeld stempas voor verkiezingen, belastingformulieren, dagvaardingen, te betekenen vonnissen) de desbetreffende persoon daadwerkelijk bereiken. (...)

3.Regels en voorwaarden briefadres.

Personen met een woonadres worden ingeschreven op dat woonadres. De GBA geeft daarnaast de verplichting van inschrijving op een briefadres indien een woonadres ontbreekt of de mogelijkheid van inschrijving op een briefadres als de persoon verblijft in bepaalde instellingen.

Voorzover geoordeeld zou worden dat het gaat om een bevoegdheid, en niet om een verplichting tot het opnemen van een briefadres bij opname in een penitentiaire instelling als in het geval van B., is in ieder geval sprake van schending van het recht, althans een onbegrijpelijk oordeel van het hof, doordat B. kennelijk niet bereikbaar was voor de Overheid, doordat de (— medewerkers van —) de PI en de Gemeente geen uitvoering hadden gegeven aan hun taak ingevolge de circulaire, door te registreren waar B. voor de Overheid bereikbaar was.

In deze heeft B. overgelegd een uitspraak, neergelegd in een Rapport van de Nationale Ombudsman, met kenmerk 2008/042, welk rapport hier geheel herhaald en geïnsereerd geacht dient te worden, waaruit volgt dat:

Zie Beoordeling:

- “8. In beginsel dient een in Nederland woonachtige persoon conform de wettelijke bepalingen ter zake zorg te dragen voor de registratie van zijn/ haar woonadres in de GBA (zie Achtergrond , onder 2.1). Indien die persoon zich niet op het juiste woonadres heeft laten registreren komen de gevolgen hiervan *in beginsel* voor risico van die persoon. (cursief door advocaat).
9. Het vereiste van administratieve nauwkeurigheid houdt in dat bestuursorganen secuur werken. Dit vereiste brengt ondermeer mee dat het hoofd van een penitentiaire inrichting , ondanks de hiervoor beschreven eigen verantwoordelijkheid van de burger, conform artikel 67 van de Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens (WGBA) aan een gedetineerde tijdig schriftelijk mededeling doet van de mogelijkheid tot aangifte van een briefadres (zie Achtergrond , onder 2.2).

Verder brengt dit beginsel mee dat het hoofd van een penitentiaire inrichting conform artikel 75 WGBA aan de gemeente waar de instelling is gevestigd, mededeling doet van de personen die gedurende drie maanden ten minste twee derden van de tijd dan wel voor onbepaalde tijd in zijn instelling verblijven. (zie Achtergrond , onder 2.3).

In de circulaire d.d. 28 januari 2013 van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties is dan ook de procedure helder uiteengezet, waarbij invulling aan het beginsel wordt geven, maar waarbij de verplichting wordt opgelegd aan de gemeente waar de inrichting is gevestigd een briefadres zonedig ambtshalve op te nemen.

Onderdeel 3

Strijd met het recht, althans onbegrijpelijk , doordat het hof onder rov. 3.4 overweegt en oordeelt dat, indien het hof B., anders dan de rechtbank , wel ontvankelijk zou achten in zijn verzoek tot

opheffing van het faillissement onder het gelijktijdig uitspreken van de wettelijke schuldsaneringsregeling, er, gelet op het arrest van de Hoge Raad van 11 december 2009, *NJ* 2010/581 (*LJN*: BK0857), in beginsel reden zou zijn om de zaak terug te wijzen naar de rechtbank, maar blijkens de volgende rechtsoverwegingen vervolgens de zaak zelf gaat af doen, alsof (derhalve met de fictie) het hof B. in hoger beroep anders dan de rechtbank wel ontvankelijk zou hebben verklaard in zijn verzoek tot opheffing van het faillissement onder het gelijktijdig uitspreken van de wettelijke schuldsaneringsregeling,

Immers:

Door aldus te oordelen treedt schending op van fundamentele rechtsbeginselen als neergelegd in ondermeer de artikelen 6 EVRM jo art 47 EU — Handvest van de Grondrechten, daar waar in de eerste plaats niet geoordeeld dient te worden op basis van ficties, alsook waar de goede procesorde vergt dat sprake is van een eerlijk en fair proces waarbinnen de rechtzoekende de hem toekomende rechtsmiddelen kan gebruiken en toelichten, zoals de mogelijkheid om gebruik te maken van twee feitelijke instanties, waarbij hij in appèl mogelijke gebreken welke zich hebben voorgedaan in eerste instantie kan herstellen en toelichten, welke tweede instantie, de appèl procedure, ten onrechte aan B. is onthouden doordat het hof, op basis van een fictie, de zaak zelf is gaan afdoen, waardoor B. niet de gelegenheid heeft gekregen de gebreken in eerste aanleg te herstellen, en het hof, de zaak feitelijk afdoende, geoordeeld heeft dat B. op een aantal punten onvoldoende informatie heeft verschaft ten aanzien van een aantal schulden.

Het hof heeft verwezen naar HR 11 december 2009, *NJ* 2010/581. Onder 3.4.1 van dat arrest heeft de HR overwogen en geoordeeld dat door het hoger beroep tegen een einduitspraak, in beginsel de gehele zaak, zoals zij voor de eerste rechter diende, naar de hogere rechter wordt overgebracht ter beslissing door deze, en dat deze regel mee brengt dat de hogere rechter zich niet deels aan deze hem opgedragen taak mag onttrekken door een gedeelte van de beslissing van het aan zijn oordeel onderworpen over te laten aan de rechter die zijn oordeel over de zaak reeds heeft gegeven.

Maar, dat onverkorte toepassing van deze regel weliswaar meebrengt dat in een aantal gevallen een substantieel gedeelte van het geschil tussen partijen slechts in één feitelijke instantie zal worden beslecht, doch nu die gevallen zich niet met behulp van een duidelijk en in de praktijk eenvoudig te hanteren criterium laten onderscheiden, zodat voormelde regel steeds toepassing dient te vinden, met uitzondering evenwel van de gevallen waarin de appèlrechter een uitspraak van de rechter in eerste aanleg vernietigt, waarbij deze zich onbevoegd heeft verklaard van het geschil kennis te nemen, hetzij wegens het ontbreken van rechtsmacht van de Nederlandse rechter, hetzij op grond van het bepaalde in art 1022 lid 2 Rv, hetzij uit hoofde van het onderwerp van het geschil (vgl. HR 16 april 1993, nr. 14937, *LJN* ZC0926, *NJ* 1993/654 en HR 7 mei 1993, nr. 14973, *LJN* ZC0949, *NJ* 1993/655).

In deze is niet duidelijk waarom de appèlrechter gemeend heeft de zaak, ook al fictief, zelf te moeten af doen en B. niet de gelegenheid te geven in twee instanties te procederen met de mogelijkheid gebreken in eerste aanleg, in hoger beroep te herstellen.

Conclusie

Conclusie A-G mr. L. Timmerman:

1. Feiten en procesverloop^[1]

- 1.1 Bij verzoekschrift van 12 september 2011 hebben de Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid, de Stichting Vakantiefonds Afbouw, de Stichting Aanvullingsfonds Werknemersverzekeringen Afbouw en de Stichting Opleidings- en Ontwikkelingsfonds Afbouw de rechtbank Almelo verzocht verzoeker tot cassatie in staat van faillissement te verklaren.
- 1.2 Bij aangetekende brief van 12 september 2011 heeft de rechtbank verzoeker opgeroepen te verschijnen op de faillissementszitting van 28 september 2011; zij heeft hem er op gewezen dat hij binnen veertien dagen na de datum van die brief een verzoekschrift tot toepassing van de schuldsaneringsregeling kon indienen. Deze brief is niet opgehaald en door de rechtbank retour ontvangen.
- 1.3 Verzoeker is niet verschenen op voornoemde faillissementszitting. Bij die zitting is meegedeeld dat verzoeker (nogmaals) bij exploit zou worden opgeroepen. Bij exploit van 4 oktober 2011 is verzoeker opgeroepen te verschijnen op de faillissementszitting van 12 oktober 2011 en is hij erop gewezen dat hij binnen veertien dagen na dagtekening van dat exploit een verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsregeling kan indienen. Van deze laatste mogelijkheid heeft hij geen gebruik gemaakt.
- 1.4 Bij vonnis van 12 oktober 2011 heeft de rechtbank verzoeker in staat van faillissement verklaard.
- 1.5 Op 22 november 2012 heeft verzoeker bij de rechtbank een verzoekschrift ingediend, strekkende tot opheffing van het faillissement onder gelijktijdige toepassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling. Bij vonnis van 29 januari 2013 heeft de rechtbank Oost-Nederland, locatie Almelo dit verzoek afgewezen. Daartoe overwoog zij dat het verzoek niet voldoet aan de in art. 3 lid 1 juncto 15b Fw genoemde voorwaarden, nu het niet binnen de in de brief van de rechtbank van 12 september 2011 genoemde termijn van veertien dagen is ingediend. Weliswaar zat verzoeker ten tijde van de verzending van bedoelde brief in detentie, te weten van 15 april 2011 tot 7 oktober 2011, en heeft hij de brief niet ontvangen, maar de gevolgen daarvan komen naar het oordeel van de rechtbank voor zijn eigen risico. Ondanks dat verzoeker aan TNT Post had doorgegeven dat hij in detentie zat, had hij ervoor dienen zorg te dragen dat de vervolgens (alsnog) op zijn gemeentelijk basisadministratie-adres bezorgde dan wel aan zijn adres gerichte post gedurende zijn detentie werd af- dan wel opgehaald en doorgestuurd. De rechtbank acht bij het vorenstaande van belang dat verzoeker zelf ter zitting heeft verklaard dat een vriend van hem op dat moment en tot kort voor de mondelinge behandeling nog op het betreffende adres woonachtig was, zodat deze vriend dit had kunnen doen. Voorts heeft verzoeker ook na het exploit van 4 oktober 2012, waarin hij nogmaals in de gelegenheid is gesteld een verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsregeling in te dienen, geen actie ondernomen. De stelling van verzoeker ter zitting dat 'alles op z'n kop stond' toen hij uit detentie kwam, treft naar het oordeel van de rechtbank geen doel. Verzoeker heeft ook zelf ter zitting aangegeven dat hij weet dat hij 'dingen eerder had moeten doen'.
- 1.6 Verzoeker is van dit vonnis in hoger beroep gekomen bij het hof Arnhem-Leeuwarden. Hij verzocht het hof dat vonnis te vernietigen en, opnieuw recht doende, te bepalen dat het faillissement wordt opgeheven en dat de schuldsaneringsregeling op hem van toepassing zal

zijn. Het verzoek is op 28 maart 2013 mondeling behandeld. Omdat het hof over de ontvankelijkheidsvraag nog wilde nadenken, is tijdens de zitting ook ingegaan op (het ontstaan en onbetaald laten van) de schulden van verzoeker. Het hof heeft het vonnis bij arrest van 8 april 2013 bekrachtigd.

- 1.7 Verzoeker is van dit arrest bij op 15 april 2013 bij de griffie van de Hoge Raad ingekomen verzoekschrift — en dus tijdig — in cassatie gekomen. De curator heeft bij brief van 26 april 2013 laten weten geen verweer te zullen voeren.

2. Beoordeling van het cassatiemiddel

2.1 Het cassatiemiddel bestaat uit drie onderdelen:

Onderdeel 1 komt op tegen het zich door het hof eigen maken van het oordeel van de rechtbank omtrent de toerekenbaarheid van het door verzoeker niet ontvangen van de oproep voor de zitting. Door de door B. getroffen voorzorgsmaatregelen terzijde te stellen met de overweging en het oordeel dat “de gevolgen daarvan komen voor zijn eigen risico” (r.o. 3.3, onderaan, p. 2), heeft het hof volgens het onderdeel blijk gegeven van een overdreven formalistische uitleg (*excessive formalism*) van art. 3 lid 1 jo. 15 b Fw.

Onderdeel 2 betoogt dat sprake is van schending door de Penitentiare Inrichting en de Gemeente van hun rechtsplicht uit hoofde van art. 66 en 67 Wet GBA, en dat het hof ten onrechte niet heeft onderzocht in hoeverre de Penitentiare Inrichting en de Gemeente in gebreke zijn gebleven uitvoering te geven aan hun wettelijke taak tot registratie van het opnameadres van verzoeker in de Penitentiare Inrichting, teneinde uitvoering te geven aan het beginsel dat iedere burger daadwerkelijk fysiek voor de overheid bereikbaar moet zijn.

Onderdeel 3 klaagt dat het hof HR 11 december 2009, NJ 2010/581 heeft geschonden. In deze is niet duidelijk waarom de appelrechter gemeend heeft de zaak, ook al fictief, zelf te moeten af doen en B. niet de gelegenheid te geven in twee instanties te procederen met de mogelijkheid gebreken in eerste aanleg, in hoger beroep te herstellen.

De onderdelen lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

- 2.2 Het hof overweegt in rov. 3.6 dat het een nader onderzoek naar de ontvankelijkheid achterwege laat. Bij de beoordeling van de klachten staat voorop dat de Hoge Raad heeft beslist dat in geval hoger beroep in beginsel de gehele zaak naar de hogere rechter wordt overgebracht. Op die regel heeft de Hoge Raad in hetzelfde arrest een uitzondering aanvaard: indien de rechtbank verzoeker ten onrechte en op louter processuele gronden niet-ontvankelijk heeft verklaard, mag het hof de zaak niet aan zich mag houden maar moet de zaak ter inhoudelijke behandeling naar de rechtbank terugverwijzen.^[2] Ik vind het lastig de precieze reikwijdte van deze uitzonderingsregel te bepalen. Valt het onderhavige geval onder deze regel? Ik meen van wel. Ingeval de niet-ontvankelijkverklaring onterecht was, ontnemt het hof verzoeker door de zaak zelf af te doen een inhoudelijke behandeling in twee instanties. Rechtbank en hof behandelen deze zaak verschillend. De rechtbank doet de zaak af in de fase van de ontvankelijkheid, het hof bekijkt de zaak inhoudelijk. Dit verschil raakt de processuele positie van de verzoeker. Dat weegt voor mij zwaar, omdat het hier een aangelegenheid — namelijk een verzoek tot schuldsanering — betreft die voor de verzoeker van groot belang is. Ik vind het niet fraai, zoals het hof doet, om dit verschil in benadering weg te poetsen met het argument dat in een latere fase nogmaals om een schuldsanering kan worden verzocht. Het spoedkarakter van de wsnp-procedure biedt m.i. ook onvoldoende rechtvaardiging voor de

ontzegging van de in ons rechtssysteem gebruikelijke tweede feitelijke instantie. De wetgever is hieraan al tegemoetgekomen door het aantal beslissingen waartegen ingevolge de Faillissementswet een rechtsmiddel openstaat te beperken (ingevolge art. 360 Fw staat geen hogere voorziening open, tenzij het tegendeel is bepaald) en door de termijnen voor het instellen van de wel openstaande rechtsmiddelen (zeer) kort te houden.

- 2.3** Indien de rechtbank verzoeker ten onrechte niet heeft ontvangen in zijn verzoek (omdat de overschrijding van de in art. 3 lid 1 jo 15b lid 1 Fw genoemde termijn niet-toerekenbaar was), had het hof de zaak dus m.i. niet aan zich mogen houden maar had het de zaak ter inhoudelijke behandeling naar de rechtbank moeten terugverwijzen. De rechtbank was immers op louter processuele gronden niet toegekomen aan inhoudelijke behandeling van het verzoek tot toelating. Het hof mocht de juistheid van de niet-ontvankelijkheid daarom niet in het midden laten; ook niet uit oogpunt van efficiëntie.
- 2.4** M.i. is van kennelijke niet-ontvankelijkheid van verzoeker geen sprake. Weliswaar rust de plicht tot het opgeven van een woon- of briefadres — anders dan de onderdelen tot uitgangspunt nemen — primair op de gedetineerde zelf, zie art. 66 jo 67 lid 1 Wet GBA, [3.1](#) zodat het in beginsel niet van excessief formalisme getuigt om de termijnoverschrijding wegens het niet ontvangen van de brief van de rechtbank voor rekening van verzoeker te laten. Echter, in de aanvulling van de gronden voor hoger beroep d.d. 15 maart 2013 is een betoog te vinden over de wijze registratie van gegevens over gedetineerden in de gemeentelijke basisadministratie dat niet bij voorbaat onzinnig voorkomt. Onderdeel 2 van het cassatieverzoek verwijst naar dit betoog. M.i. leidt dit ertoe dat het hof ten onrechte de grief tegen niet-ontvankelijkverklaring heeft behandeld.

Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging.

Uitspraak

Hoge Raad:

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. het vonnis in de zaak met faillissementsnummer 08/11/458 F van de Rechtbank Oost-Nederland van 29 januari 2013;
- b. het arrest in de zaak 200.121.341 van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 8 april 2013. Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft B. beroep in cassatie ingesteld. Het cassatierekest is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) De Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid, de Stichting Vakantiefonds Afbouw, de Stichting Aanvullingsfonds Werknemersverzekeringen Afbouw en de Stichting Opleidings- en Ontwikkelingsfonds Afbouw hebben de rechtbank verzocht B. in staat van faillissement te verklaren.
- (ii) Bij aangetekende brief heeft de rechtbank B. opgeroepen te verschijnen op de faillissementszitting; in die brief heeft de rechtbank hem erop gewezen dat hij binnen veertien dagen na de datum van die brief een verzoekschrift tot toepassing van de schuldsaneringsregeling kon indienen. Deze brief is niet opgehaald en door de rechtbank retour ontvangen.
- (iii) B. is niet verschenen op de faillissementszitting. Ter zitting is besloten dat B. nogmaals, nu bij exploit, zou worden opgeroepen. Bij dit exploit is erop gewezen dat B. binnen veertien dagen na dagtekening van dat exploit een verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsregeling kon indienen. Van deze laatste mogelijkheid heeft hij geen gebruik gemaakt.
- (iv) De rechtbank heeft B. vervolgens in staat van faillissement verklaard.

3.2.1 B. heeft bij de rechtbank een verzoekschrift ingediend, strekkende tot opheffing van het faillissement onder gelijktijdige toepassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling. De rechtbank heeft dit verzoek afgewezen op de grond dat B. zijn verzoek niet tijdig heeft gedaan om redenen die aan hem zijn toe te rekenen.

3.2.2 B. heeft het hof verzocht dat vonnis te vernietigen en, opnieuw recht doende, te bepalen dat het faillissement wordt opgeheven en dat de wettelijke schuldsaneringsregeling op hem van toepassing zal zijn. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd.

3.2.3 Het hof heeft daartoe onder meer overwogen dat er, gelet op het bepaalde in HR 11 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0857, *NJ* 2010/581, in beginsel reden zou zijn om de zaak terug te wijzen naar de rechtbank, indien het hof tot het oordeel zou komen dat B. ontvankelijk was in zijn verzoek tot opheffing van het faillissement onder het gelijktijdig uitspreken van de wettelijke schuldsaneringsregeling (rov. 3.4). Het is immers verdedigbaar dat de rechtbank in dit geval, op louter processuele gronden, niet aan een inhoudelijke behandeling van de zaak is toegekomen. In zaken als deze, waarin een snelle uitspraak geboden is en waarbij de uitspraak in hoger beroep geen gezag van gewijsde krijgt (en later opnieuw een verzoek tot toelating tot de wettelijke schuldsaneringsregeling kan worden gedaan), verdient het echter de voorkeur dat het hof de zaak aan zich houdt. Om die reden is het verzoek van B. op de zitting inhoudelijk behandeld. (rov. 3.5) Het verzoek, indien ontvankelijk, dient echter te worden afgewezen, als gevolg waarvan die ontvankelijkheid in het midden kan blijven. B. heeft het hof geen inzicht heeft gegeven in de precieze omvang van zijn schulden. Hij heeft bovendien onvoldoende inzicht gegeven in de ontstaansdata en de aard van een substantieel deel van zijn schuldenlast. Voorts heeft hij onvoldoende aannemelijk gemaakt dat hij te goeder trouw is geweest bij het ontstaan en onbetaald blijven van zijn schulden. (rov. 3.6) Onvoldoende is gebleken van bijzondere omstandigheden op grond waarvan het verzoek van B. toch kan worden toegewezen (rov. 3.8).

- 3.3** Onderdeel 3 van het middel, dat de Hoge Raad eerst zal behandelen, is gericht tegen het oordeel van het hof dat het de zaak zelf kan afdoen zonder B. in de gelegenheid te stellen in twee instanties te procederen met de mogelijkheid eventuele gebreken in eerste aanleg, in hoger beroep te herstellen.
- 3.4** Bij de beoordeling van het onderdeel wordt het volgende vooropgesteld. In het door het hof aangehaalde arrest van 11 december 2009 heeft de Hoge Raad als volgt beslist. Door het hoger beroep tegen een einduitspraak wordt in beginsel de gehele zaak, zoals zij voor de eerste rechter diende, naar de hogere rechter overgebracht ter beslissing door deze. Deze regel brengt mee dat de hogere rechter zich niet deels aan deze hem opgedragen taak mag onttrekken door een gedeelte van de beslissing van het aan zijn oordeel onderworpen over te laten aan de rechter die zijn oordeel over de zaak reeds heeft gegeven. Onverkorte toepassing van deze regel brengt weliswaar mee dat in een aantal gevallen een substantieel gedeelte van het geschil tussen partijen slechts in één feitelijke instantie zal worden berecht, doch nu die gevallen zich niet met behulp van een duidelijk en in de praktijk eenvoudig te hanteren criterium laten onderscheiden, dient voormelde regel steeds toepassing te vinden, met uitzondering evenwel van de gevallen waarin de appelrechter een uitspraak van de rechter in eerste aanleg vernietigt waarbij deze zich onbevoegd heeft verklaard van het geschil kennis te nemen, hetzij wegens ontbreken van rechtsmacht van de Nederlandse rechter, hetzij op grond van het bepaalde in art. 1022 lid 2 Rv, hetzij uit hoofde van het onderwerp van het geschil (vgl. HR 16 april 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0926, *NJ* 1993/654, en HR 7 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0949, *NJ* 1993/655). Met deze uitzonderingen kan op één lijn worden gesteld het geval waarin in eerste aanleg ten onrechte ontslag van instantie is verleend en waarin dus de rechter op louter processuele gronden eveneens niet aan een inhoudelijke behandeling van de zaak tussen de betrokken partijen is toegekomen.
- 3.5** Nu de rechtbank het verzoek had afgewezen, was het hoger beroep gericht tegen een einduitspraak. Geen van de in het arrest van 11 december 2009 genoemde uitzonderingen doet zich voor. Het hof diende derhalve ook in het onderhavige geval de zaak aan zich te houden. Hierop stuiten de klachten van het onderdeel af.
- 3.6** De overige klachten bestrijden niet hetgeen het hof in rov. 3.6-3.8 heeft geoordeeld en kunnen derhalve niet tot cassatie leiden.

4. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Noot

Auteur: H.J. Snijders

1. De casus is bekend, de discussie ook, maar de oplossing is nog steeds niet geheel duidelijk. Waar gaat het om, zowel in dit arrest van 17 januari 2014 als in een ander arrest van dezelfde datum

(ECLI:NL:HR:2014:96, *JBP* 2014/26, m.nt. D. Roffel)?

2. Gegeneraliseerd komt de casus op het volgende neer. De rechter in eerste aanleg wijst een vordering of een verzoek af op puur processuele gronden en komt dus niet toe aan de inhoudelijke behandeling van de zaak. In appel oordeelt het hof vervolgens dat de gehanteerde procedurele gronden niet juist zijn. Mag het hof de zaak nu zelf inhoudelijk behandelen — tenslotte wordt in geval van appel de behandeling van de zaak in beginsel geheel afgewenteld op de appelrechter — of dient het hof de zaak ter inhoudelijke behandeling terug te wijzen naar de rechtbank? De eerste optie lijkt op het eerste oog recht te doen aan de devolutieve — afwentelende — werking van het hoger beroep en kan in het algemeen enige tijd- en geldwinst opleveren. De laatste optie beantwoordt aan ons beginsel van een recht op behandeling in twee feitelijke instanties. Dat beginsel en recht weegt zwaar. De devolutieve werking van het appel mag toch redelijkerwijs niet zo ver gaan dat de inhoudelijke behandeling in eerste aanleg eenvoudigweg wordt overgeslagen in plaats van dat deze in appel nog eens wordt overgedaan? Dat laatste is toch de kern van de rechtsfiguur appel waar men niet, anders dan op zwaarwegende gronden, aan mag tornen. De lagere rechtspraak en de doctrine kiezen dan ook in overgrote meerderheid voor de terugwijzingsoptie. Zie bijvoorbeeld de literatuur aangehaald door Roffel t.a.p. en de in die literatuur genoemde lagere rechtspraak. Zo ook A-G Timmerman in zijn conclusies voor deze arresten. De Hoge Raad leek in zijn arrest van 11 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0857 (*AB&P/Axa*), *NJ* 2010/581, m.nt. H.J. Snijders (dan ook) een zelfde koers te varen, dit dus overeenkomstig de overgrote meerderheid van de lagere rechtspraak en de schrijvers. De Hoge Raad honoreert in *AB&P/Axa* de terugwijzing door het hof in een geval dat hij gelijk stelt met door hem reeds eerder gehonoreerde gevallen van terugwijzing in eerste aanleg waarbij ‘de rechter eveneens op louter processuele gronden niet aan een inhoudelijke behandeling van de zaak tussen de betrokken partijen is toegekomen.’ Is nu op 17 januari 2014 het doek gevallen voor deze generale benadering? Misschien gloort er toch nog enig licht op dit punt, waarover meer in nr. 4 infra.
3. In beide arresten van 17 januari 2014 herhaalt de Hoge Raad eenvoudigweg zijn beslissing in *AB&P/Axa* om vervolgens, contrair aan zijn A-G, zonder enige nadere motivering, te concluderen dat er in betrokken zaken geen terugwijzing had mogen plaatsvinden. In *AB&P/Axa* had hij nu juist, in aansluiting op reeds eerder gemaakte uitzonderingen voor gevallen van onbevoegdverklaring in eerste aanleg, in een extra uitzondering ten gunste van het beginsel en recht van twee feitelijke instanties voorzien, die erop duidde dat de devolutieve werking van het appel niet zo ver gaat dat de eerste instantie inhoudelijk simpelweg wordt overgeslagen. Het ging hier om een geval van ontslag van instantie in eerste aanleg, waarbij — ik citeer nogmaals — ‘dus de rechter eveneens op louter processuele gronden niet aan een inhoudelijke behandeling van de zaak tussen de betrokken partijen is toegekomen.’ In zijn arresten van 17 januari 2014 citeert de Hoge Raad ook dat laatste stukje van *AB&P/Axa*, maar lijkt hij er verder geen boodschap aan te hebben. Hij oordeelt eenvoudigweg (r.o. 3.5): ‘Geen van de in het arrest van 11 december 2009 genoemde uitzonderingen doet zich voor.’
4. Of zou men moeten oordelen dat het in deze recente arresten niet gaat om zaken die op louter processuele gronden zonder behandeling in eerste aanleg stranden? In de thans geannoteerde zaak strandt de behandeling in eerste aanleg bij de rechtbank op niet-ontvankelijkheid vanwege een aan verzoeker toe te rekenen overschrijding van de termijn voor

indiening van een verzoekschrift tot opheffing van een faillissement onder gelijktijdige toepassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling als bedoeld in art. 15b Fw, waarover de Hoge Raad in r.o. 3.2.1. In de parallelzaak strandt de behandeling bij de rechtbank eveneens op niet-ontvankelijkverklaring, dit omdat de rechtbank het niet mogelijk achtte een regulier verzoek tot schuldsanering als bedoeld in art. 284 Fw in behandeling te nemen nadat het faillissement was uitgesproken, waarover de Hoge Raad in r.o. 3.2.1 in het arrest in die zaak. Het gaat in beide gevallen dunkt mij weliswaar om processuele gronden voor afwijzing van het verzoek in eerste aanleg, maar in beide gevallen dan wel om gronden met een zekere materieelrechtelijke lading, waarbij — samengevat — de verhouding tussen de mogelijkheden voor faillissement en schuldsanering van natuurlijke personen aan de orde is.

Ik zou dus menen dat de deur hiermee niet geheel gesloten is voor de aanneming van extra uitzonderingen voor andere dan de tot nu toe door de Hoge Raad benoemde gevallen waarbij in eerste aanleg — *omne trinium perfectum* — ‘de rechter eveneens op louter processuele gronden niet aan een inhoudelijke behandeling van de zaak tussen de betrokken partijen is toegekomen.’

5. De grote lijn in de rechtspraak moge dus blijven dan wel weer worden dat in gevallen waar een vordering of verzoek in eerste aanleg op louter processuele gronden is afgedaan, de appelrechter de zaak na onjuistbevinding van die gronden terugwijst naar de rechtbank. Zo deden de hoven het vroeger — Paul Scholten sprak in navolging van Clavareau zelfs van revolterende hoven (*NJ* 1939/397) — en zo zullen zij het, dunkt mij en hoop ik, blijven doen.

Voetnoten

- [1.] Voor zover in cassatie relevant; zie het vonnis van de Rechtbank Oost-Nederland, zittingsplaats Almelo, van 29 januari 2013, het proces-verbaal van de mondelinge behandeling bij het Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem, van 28 maart 2013 en het arrest van dit hof van 8 april 2013.
- [2.] HR 11 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0857 (*JBP* 2010, 17, m.nt. D. Roffel; *NJ* 2010/581, m.nt. H.J. Snijders); A-G Strikwerda voor HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5083 (*RvdW* 2011/94) onder 12-16.
- [3.] Zie ook Circulaire vanwege het Ministerie van BiZa van 28 januari 2013 “Registratie van gegevens over gedetineerden in de GBA”, p. 2.