

Redactie
P. Koerts
E.F. Verheul

Toonaangevend

WOORD VOORAF

Op 31 juli 2024 bereikt Toon van Mierlo de leeftijd waarop de beide universiteiten waaraan hij verbonden is hem onverbiddelijk het emeritaat insturen. Zijn wetenschappelijke loopbaan sluit Toon aldus af aan de Rijksuniversiteit Groningen en de Erasmus Universiteit Rotterdam. Dat afsluiten – en Toon kennende zal van echte afsluiting geen sprake zijn – komt na een lange, bewogen en prachtige carrière binnen en buiten de academie.

Toon van Mierlo werd op 31 juli 1957 geboren te Rotterdam. Na het behalen van zijn Atheneum-A diploma aan het St. Norbertuscollege te Roosendaal studeerde hij rechten aan de Katholieke Universiteit te Nijmegen. Na afronding van zijn studie, begon hij op 1 augustus 1981 als junior wetenschappelijk medewerker bij de sectie burgerlijk recht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Katholieke Universiteit Nijmegen. In die tijd werkte hij aan zijn proefschrift *Fiduciaire zekerheid, vuistloos en stil pand*, waarop hij in 1988 promoveerde. Na zijn promotie werd hij advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek. Op 1 september 1993 volgde een benoeming tot hoogleraar burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht aan de Erasmus Universiteit te Rotterdam. In 2002 werd hij opnieuw advocaat bij De Brauw. In 2007 maakte hij de overstap naar NautaDutilh. Sinds 1 september 2016 is hij ook als hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder burgerlijk procesrecht verbonden aan de Rijksuniversiteit Groningen.

Toon is door zijn vele (neven)functies en grote hoeveelheid publicaties een bekende verschijning in privaatrechtelijk Nederland. Hij is onder meer redacteur van het *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie (WPNR)*, voorzitter van de deelredactie *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*, lid van de hoofdredactie *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering* en lid van de Asser-adviesraad. Van zijn vele publicaties noemen wij hier slechts de Asser-delen *Algemeen goederenrecht* (3-IV) en *Zekerheidsrechten* (3-VI), het deel *Materieel beslagrecht* in de reeks Monografieën Privaatrecht en zijn vele annotaties in de *Nederlandse Jurisprudentie* (NJ).

De titel van dit *liber amicorum* is daarmee niet slechts een (flauwe) woordspeling op zijn voornaam, maar vooral ook een kwalificatie van Toon als academicus. Door de combinatie van zijn werkzaamheden in de wetenschap en de praktijk heeft Toon altijd in het bijzonder oog voor de wijze waarop het recht functioneert in de praktijk. Zijn praktijkervaring stelt hem in staat om ingewikkelde juridische kwesties te verlevendigen en begrijpelijk te maken aan de hand van praktijkvoorbeelden. Dat is ook altijd teruggekomen in het onderwijs dat hij aan vele generaties rechtenstudenten heeft gegeven. Toon weet hoe je de aandacht van een zaal vol studenten vasthoudt en hoe je hen aanspoort tot academisch denken. Fouten maken mag, vooral in de collegezaal, want daar leer je van. De door Toon vaak aangehaalde

anekdote over de verkeersvergelijking van Fisher, die hij op zijn eigen eindexamen op de middelbare school voor het eerst zag, zal menig student herkenbaar voorgekomen zijn.

Deze vriendenbundel bevat bijdragen uit de wetenschap en praktijk, geschreven door (oud-) collega's, promoti en andere bekenden van Toon. Zij reflecteren de brede juridische belangstelling van Toon, met het goederenrecht en burgerlijk procesrecht als zwaartepunten. De inleverdatum voor de bijdragen was 1 december 2023. De redactie dankt Itse Kloosterboer, student-assistent bij de Vakgroep Privaatrecht en Notarieel Recht van de Rijksuniversiteit Groningen, voor zijn ondersteunende werkzaamheden bij het samenstellen van deze bundel.

Groningen, maart 2024

P. Koerts
E.F. Verheul

INHOUDSOPGAVE

Woord vooraf / V

1. Vaststelling van vorderingen in faillissement – de schuldenaar staat buitenspel / 1

F. Damsteegt

2. Dissenting opinions in arbitrage: onwenselijk? / 15

P.E. Ernste & G.J. Meijer

3. De Privy Council over alimentatieverplichtingen op Sark: gewoonterecht, Romeins recht en natuurrecht / 23

J.E. Jansen

4. Caraïbisch Nederland, (inmiddels) ‘the place to be for arbitration’? / 33

C.J.M. Klaassen

5. Voeging bij verstek? / 45

P. Koerts & H.B. Krans

6. Het bewijsvermoeden van art. 6:177a BW, ingevuld door het panel Van Mierlo / 57

S.C.J.J. Kortmann

7. Beslag op goederen van derden: mogelijkheden tot effectief schadeverhaal / 67

K.J. Krzemiński

8. Een paar vraagtekens bij Boek 3 BW / 79

F.H.J. Mijnsen

9. Actieve legitimatie bij rechtsinbreuk / 89

C.J.J.C. van Nispen

10. Van dik hout zaagt men planken / 103

C.M.D.S. Pavillon

11. Over verpanding van rentevorderingen en dividenden / 113

S. Perrick

12. De toepassing van gunstiger nationaal recht op grond van art. VII lid 1 Verdrag van New York / 125

N. Peters

13. Houd je *kruid* droog! Het burgerlijke procesrecht in therapeutisch perspectief / 135

F.M. Ruitenbeek-Bart

14. De zakelijke borgtocht (derdenzekerheid) / 149

A.C. van Schaick

15. Beperking in de omvang van het gezag van gewijsde van voorbeslissingen / 161

T.F.E. Tjong Tjin Tai

16. Versoepeling van artikel 24 Rv: meer yin, minder yang? / 175

H.T. Verhaar

17. Rechtsvinding in de schaduwen van morgen / 185

A.J. Verheij

18. Het peilmoment voor de vaststelling van de anciënniteit van het retentierecht ten opzichte van derden / 191

E.F. Verheul

19. De notaris, de kantonrechter en art. 69 Rv / 203

L.C.A. Verstappen

20. Zekerheidstelling voor de proceskosten: een springlevend relict / 213

P. Vlas

21. In der Beschränkung zeigt sich erst der Meister / 223

M. Ynzonides

Literatuurlijst / 233

Jurisprudentielijst / 259

1. Vaststelling van vorderingen in faillissement – de schuldenaar staat buitenspel

Femke Damsteegt¹

1.1 Inleiding

Hoewel mijn eerste kennismaking met Toon van Mierlo (bijna dertig jaar geleden) een introductie in het door hem zo geliefde burgerlijk procesrecht betrof – Toon als hoogleraar in Rotterdam, ik in de collegebanken – delen wij vooral een voorliefde voor het goederenrecht. Dat is een bijzonder lot dat ik aan Toon te danken heb. Begin jaren 0 werkte ik als advocaat-stagiaire bij het kantoor waar Toon destijds – naast hoogleraar in Rotterdam – hoofd was van de groep professional support lawyers. Ik trof Toon in de bibliotheek van het kantoor en ik vertelde hem dat ik graag werkgroepen Verbintenissenrecht zou willen geven. Goed idee, zei Toon, maar laten we er maar Goederen- en faillissementsrecht van maken. Een weerwoord leek niet gepast – wie Toon kent, begrijpt wat ik bedoel – en aldus geschiedde. De werkgroepen leidden uiteindelijk tot een proefschrift onder de bezielende begeleiding van Toon, voor mij een dierbare en heel plezierige tijd. Ook daarna heeft het goederen- en insolventierecht mij niet losgelaten, en Toon gelukkig evenmin.

In deze bijdrage ter ere van Toon begeef ik mij op het snijvlak van zijn liefhebberijen, namelijk (de gevolgen van) het proces van de vaststelling van vorderingen op de schuldenaar in faillissement. Dat proces is, vanwege het verschil met de situatie buiten faillissement, vooral interessant als de schuldenaar het met een vordering oneens is. Buiten faillissement zal in dat geval over het algemeen een procedure volgen tussen de schuldeiser en de schuldenaar, waar de schuldenaar zijn bezwaren tegen de vordering naar voren kan brengen en de rechter aan de hand van de stellingen en betwistingen van de zijde van de schuldeiser en de schuldenaar de vordering zal beoordelen. In faillissement loopt dat bepaald anders. De schuldenaar staat dan namelijk voor een belangrijk deel buiten het proces.

Nog niet zo lang geleden is bij de Hoge Raad betoogd dat dit systeem in strijd is met art. 1 Eerste Protocol van het EVRM. Het procesrecht en het goederenrecht kunnen elkaar niet nader komen. De Hoge Raad oordeelde dat inderdaad sprake is van een inbreuk op het 'eigendomsrecht' van de schuldenaar, maar dat deze bij wet is voorzien en gerechtvaardigd door het algemene belang dat schuldeisers van de gefailleerde zoveel mogelijk worden voldaan, terwijl de inbreuk ook in overeenstemming is met het proportionaliteitsvereiste.

¹ Mr. F. Damsteegt is senior-rechter A/rechter-commissaris insolventiezaken in de Rechtbank Rotterdam.

Er is, aldus de Hoge Raad, een ‘fair balance’ tussen voornoemd algemeen belang en het belang van de bescherming van de grondrechten van de gefailleerde, waaraan bijdraagt dat de erkenning van de vordering in het faillissement geen kracht van gewijsde zaak heeft tegen de gefailleerde als hij de vordering op de verificatievergadering heeft betwist.²

Het roept de vraag op wat dat betekent: dat de erkenning van de vordering in het faillissement jegens de schuldenaar zelf geen kracht van gewijsde zaak heeft als hij de vordering op de verificatievergadering heeft betwist. Kan de schuldenaar wat is betaald aan een schuldeiser in het faillissement dan na afloop van het faillissement als onverschuldigd terugbetalen? Die vraag zal ik in deze bijdrage beantwoorden. Ik maak van de gelegenheid gebruik wat uitgebreider in te gaan op het verificatieproces. Nadat ik een globaal overzicht heb gegeven van de wijze waarop vorderingen worden vastgesteld in faillissement (1.2), bespreek ik de gevolgen van erkenning (1.3), van betwisting (1.4) en van het ‘niet opkomen’ voor een vordering in faillissement (1.5). Ook zal ik aandacht besteden aan de beroepsmogelijkheden in dat kader (1.6). Vervolgens zal ik nader ingaan op de positie van de schuldenaar (1.7). Wat kan hij zelf, als hij het niet eens is met een erkende vordering, al dan niet na afloop van de insolventieprocedure? Ik sluit af met een conclusie (1.8).

1.2 Vaststelling van vorderingen in faillissement

De vaststelling van vorderingen in faillissement gebeurt op de verificatievergadering. Globaal verloopt het proces als volgt. De rechter-commissaris stelt een datum vast waarop de verificatievergadering zal plaatsvinden,³ waarna de curator daarvan kennisgeeft aan de bekende schuldeisers.⁴ Daarbij moet de curator de schuldeisers ook op de hoogte stellen van de dag waarop deze uiterlijk zijn vordering moet indienen.⁵ Dat houdt verband met de bekende *bar date*, die sinds 1 januari 2019 in de wet staat en in beginsel uiterlijk veertien dagen voor de eerste verificatievergadering ligt, tenzij de rechter-commissaris anders heeft bepaald.⁶ Schuldeisers kunnen vervolgens hun vorderingen indienen bij de curator, en de curator mag (sinds 1 januari 2019) ook zelf vorderingen op de (hierna nader te bespreken) lijsten zetten.⁷ De curator toetst de ingediende vorderingen aan de administratie, zoekt zo nodig overleg met de schuldeiser,⁸ en plaatst vervolgens de vorderingen op de lijst van voorlopig erkende of op de lijst van voorlopig betwiste vorderingen.⁹ Deze lijsten worden ter inzage gelegd voor eenieder ter griffie van de rechtbank, zeven dagen voorafgaand aan de verificatievergadering¹⁰ en vormen het uitgangspunt van de verificatievergadering. Op de vergadering wordt de status van de ingediende vorderingen nader bepaald,

2 HR 7 juli 2023, ECLI:NL:HR:2023:1067, NJ 2023/291, m.nt. F.M.J. Verstijlen.

3 Art. 108 Fw.

4 Art. 109 Fw.

5 Art. 109 Fw.

6 Art. 127 Fw. Daarbij moet de curator de schuldeiser op de gevolgen wijzen als de schuldeiser zijn vordering te laat indient, namelijk dat de vordering dan niet voor verificatie in aanmerking komt. De *bar date* wordt overigens ook in het CIR ingeschreven, art. 127 lid 4 Fw.

7 Art. 110 Fw.

8 Art. 111 Fw.

9 Art. 112 en 113 Fw.

10 Art. 114 Fw.

waarbij drie smaken kunnen worden onderscheiden: (i) erkenning,¹¹ (ii) betwisting¹² en (iii) voorwaardelijke toelating.¹³ Een vordering wordt erkend als deze niet wordt betwist door de curator of door mede-schuldeisers.¹⁴ Wordt de vordering (wel) betwist door de curator en/of medeschuldeisers¹⁵ dan verwijst de rechter-commissaris het geschil naar de renvooiprocedure.¹⁶ Als ten tijde van de faillietverklaring het geschil over de vordering al aanhangig was, vindt geen verwijzing plaats, maar wordt deze (als gevolg van het faillissement geschorste¹⁷) procedure voortgezet, tussen de betwiste schuldeiser en de betwistende curator en/of mede-schuldeiser.¹⁸ Ik ga hier straks nader op in. De schuldenaar kan ook zelf vorderingen betwisten.¹⁹ Zijn betwisting leidt echter niet tot een renvooiprocedure (of voortzetting van een ten tijde van het faillissement over het geschil aanhangige, door het faillissement geschorste procedure), maar (slechts) tot een aantekening in het proces-verbaal van de verificatievergadering. Voor zover de curator of mede-schuldeisers de vordering niet mede betwisten, zal de vordering dus ondanks de betwisting door de schuldenaar worden erkend.

Voorwaardelijke toelating van vorderingen kan om meerdere redenen. Voor deze bijdrage gaat het mij om de voorwaardelijke toelating in de zin van art. 125 Fw. Voor zover de schuldenaar een akkoord aanbiedt, wordt daarover gestemd ná het verificatieproces. Over het akkoord mogen stemmen de erkende en de voorwaardelijk toegelaten schuldeisers.²⁰ Dat betekent in dit verband een schuldeiser wier vordering is betwist door de curator/bewindvoerder en/of een mede-schuldeiser, maar ten aanzien van welke vordering de rechter-commissaris heeft beslist dat deze tot een door de rechter-commissaris te bepalen bedrag voorwaardelijk wordt toegelaten.²¹ Bedacht zij ook hier dat een betwisting door (alleen) de schuldenaar er niet toe kan leiden dat de vordering niet wordt erkend, zodat aan voorwaardelijke toelating niet wordt toegekomen.

1.3 Gevolgen erkenning

De erkenning van de vordering heeft in het faillissement kracht van gewijsde zaak.²² De kracht van gewijsde zaak geldt – na afloop van het faillissement (waarover nog hierna) – ook ten aanzien van de (voormalig) gefailleerde, terwijl het proces-verbaal van de verificatievergadering ten aanzien van de erkende vorderingen een voor tenuitvoerlegging vatbare

11 Art. 121 lid 1 Fw.

12 Art. 122 Fw.

13 Art. 121 lid 2 Fw, art. 125 Fw, art. 130 lid 2 Fw en art. 136 lid 2 Fw.

14 Art. 121 Fw jo. art. 126 Fw.

15 Art. 119 Fw.

16 Art. 122 Fw. Dit geldt overigens tenzij de rechter-commissaris partijen tot een schikking kan brengen.

17 Art. 29 Fw.

18 Art. 29 Fw. Als de rechter-commissaris het geschil ten onrechte naar de renvooiprocedure verwijst, zal de rechter zich onbevoegd moeten verklaren en moeten verwijzen naar de lopende – ex art. 29 Fw voorheen geschorste – procedure.

19 Art. 126 Fw.

20 Art. 145 Fw.

21 Art. 125 Fw.

22 Art. 121 lid 4 Fw.

titel tegen hem oplevert.²³ Een uitzondering hierop geldt slechts als de gefailleerde zelf de vordering heeft betwist.²⁴ Met andere woorden: als de gefailleerde geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid de vordering op de verificatievergadering te betwisten, staat de vordering na afloop van het faillissement ook ten opzichte van hem bindend vast.²⁵

Als ten tijde van de uitspraak van het faillissement een zaak aanhangig was tussen de schuldenaar en een schuldeiser over een verifieerbare vordering, en die vordering vervolgens op de verificatievergadering niet wordt betwist door de curator en/of een medeschuldeiser (en dus wordt erkend) zal de 'art. 29-procedure' blijven 'hangen'; er was tijdens het faillissement immers geen grond voor opheffing van de schorsing. Na afloop van het faillissement kan de schuldenaar de geschorste procedure dan alsnog voortzetten, mits de schuldenaar de vordering op de verificatievergadering heeft betwist.²⁶ Wat de schuldenaar praktisch aan die voortzetting heeft, wordt hierna besproken. Aangenomen mag worden dat ook de schuldeiser in zo'n geval belang kan hebben de procedure voort te zetten, namelijk om een executoriale titel jegens de gefailleerde te krijgen voor het onbetaald gebleven gedeelte van zijn vordering.²⁷

Ook het omgekeerde kan zich overigens voordien: een 'art. 29-procedure' die blijft hangen omdat het niet tot een verificatievergadering komt in het faillissement – het faillissement dus wordt opgeheven²⁸ of vereenvoudigd wordt afgewikkeld²⁹ en de vordering van de schuldeiser dus niet is erkend (of betwist) in het faillissement. De schuldeiser kan de procedure dan na afloop van het faillissement voortzetten en aangenomen mag worden dat hetzelfde geldt voor de schuldenaar.³⁰ Datzelfde geldt als de schuldeiser niet is opgekomen in het faillissement, zie nog hierna.

Voor zover de gefailleerde een akkoord heeft aangeboden dat is vastgesteld en gehomologeerd, levert het proces-verbaal van de verificatievergadering samen met het in kracht van gewijsde gegane vonnis van homologatie ten aanzien van de erkende vorderingen een voor tenuitvoerlegging vatbare titel op tegen de gefailleerde ten aanzien van de nakoming van het akkoord. Een uitzondering geldt als de gefailleerde de vordering ex art. 126 Fw heeft betwist.³¹

1.4 Gevolgen betwisting

Hiervoor werd benoemd dat vorderingen die op de verificatievergadering worden betwist door de curator en/of medeschuldeisers³² door de rechter-commissaris worden verwezen

23 Art. 196 Fw. Eventuele daarvóór verkregen executoriale titels verliezen daarmee hun gelding, zie Van der Feltz, *Van der Feltz-II* (O&R nr. 2-II), p. 268.

24 Art. 197 Fw jo. art. 126 Fw.

25 Vgl. ook Van der Feltz, *Van der Feltz-II* (O&R nr. 2-II), p. 187.

26 Vgl. HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9054. De Hoge Raad heeft het cassatieberoep afgedaan op de voet van art. 81 RO. A-G Strikwerda bespreekt in zijn conclusie (Concl. A-G L. Strikwerda 7 mei 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO9054) de positie van de schuldenaar in de geschorste procedure als deze de vordering van de schuldeiser op de verificatievergadering heeft betwist. Zie ook Concl. A-G G.R.B. van Peursem 21 januari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:37, NJ 2022/217.

27 Vgl. Wessels 2021, *Vereffening van de boedel* (Wessels *Insolventierecht* nr. VII), nr. 7286.

28 Art. 16 Fw.

29 Art. 137a e.v. Fw.

30 Vgl. Concl. A-G A.M. Biegman-Hartogh 21 oktober 1988, ECLI:NL:PHR:1988:AD0482, NJ 1989/729, m.nt. C.J.H. Brunner (*Circus Mullens*).

31 Art. 159 Fw.

32 Art. 119 Fw.

naar de renvooiprocedure,³³ terwijl, als ten tijde van de faillietverklaring het geschil over de vordering al aanhangig was, deze procedure (als gevolg van het faillissement wordt geschorst, en (pas³⁴) na de betwisting op de verificatievergadering) wordt voortgezet, art. 29 Fw. De betwistende partij neemt daarbij de positie in van de schuldenaar. De uitspraak in de renvooiprocedure of voortgezette procedure is bindend voor de boedel en voor alle betrokkenen bij het faillissement. Als de vordering wordt erkend, staan het bestaan en de omvang van de vordering door de uitspraak vast in het faillissement.³⁵ Ook hier geldt de uitzondering van art. 197 Fw indien de gefailleerde ter verificatievergadering de vordering (mede) heeft betwist.³⁶ Datzelfde geldt als de betwiste vordering lopende de renvooi- of voortgezette '29-procedure' wordt geschikt en de vordering daardoor (voor een bepaald bedrag) wordt erkend.³⁷

Waar een akkoord is aangenomen en gehomologeerd, is dat ook verbindend ten aanzien van de betwiste (concurrente) schuldeisers.³⁸ Zij beschikken echter niet over een executoriale titel³⁹ en zullen dus, als de schuldenaar het akkoord niet vrijwillig nakomt, een procedure tegen de schuldenaar moeten starten. Datzelfde geldt voor schuldeisers wier vordering weliswaar in het faillissement is erkend, maar door de schuldenaar ter verificatievergadering is betwist.⁴⁰ Art. 122a Fw geeft een regeling voor renvooiprocedures die aanhangig zijn als het faillissement eindigt door de homologatie van het akkoord. Het artikel maakt onderscheid tussen het geval dat de curator de vordering heeft betwist en het geval dat een schuldeiser de vordering heeft betwist. In het eerste geval wordt de procedure geschorst – tenzij (nogal exotisch⁴¹) de zaak al in staat van wijzen was. Na de schorsing kunnen de schuldenaar en de schuldeiser het geding voortzetten; door de homologatie van het akkoord is de curator uit beeld verdwenen.⁴² In het tweede geval kan alleen nog worden doorgeprocedeerd om een beslissing over de kosten te krijgen.⁴³ De schuldeiser wier vordering is betwist, zal een procedure tegen de schuldenaar moeten voeren om een executoriale titel te verkrijgen ter nakoming van het akkoord. Datzelfde geldt als het (alleen) de schuldenaar was die de vordering heeft betwist.

33 Art. 122 Fw. Dit geldt overigens tenzij de rechter-commissaris partijen tot een schikking kan brengen.

34 Dat ging mis in de zaak die heeft geleid tot het vonnis van de Rechtbank Gelderland van 31 mei 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:3088. Hier was de latere gefailleerde voordat hij van antwoord kon dienen gefailleerd. De curator wilde voortvarend verder met de procedure (ook hij betwistte de vordering van de schuldeiser) en nam de positie van gefailleerde met toestemming van de rechter-commissaris over. Dat kan niet, aldus de rechtbank.

35 HR 23 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8092, NJ 2012/376, m.nt. F.M.J. Verstijlen.

36 Vgl. Concl. A-G G. Snijders 9 december 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1148, NJ 2023/291, m.nt. F.M.J. Verstijlen.

37 Dat is in ieder geval wat ik afleid uit HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4558, NJ 2013/173, r.o. 3.6.

38 Art. 157 Fw en art. 340 lid 2 Fw.

39 De executoriale titel heeft immers alleen de erkende (en niet door de schuldenaar betwiste) schuldeiser, art. 159 Fw.

40 Art. 159 Fw.

41 Vgl. Wijn 2021, p. 63-69.

42 Art. 122a lid 2 Fw en art. 161 Fw.

43 Zie voor terecht commentaar hierop Wijn 2021, alsmede Van Andel 2013; Wessels 2014, nr. 5237 en Van der Weide 1996, p. 14-15.

1.5 Gevolgen niet opkomen

De laatste categorie schuldeisers die hier bespreking behoeft, zijn de schuldeisers die niet zijn opgekomen.

In faillissement wordt het actief verdeeld onder de geverifieerde schuldeisers;⁴⁴ schuldeisers die niet (tijdig) zijn opgekomen, hebben geen aanspraak op een uitkering.

Voor zover een akkoord is aangeboden en gehomologeerd, is dat in faillissement verbindend voor alle (concurrente) schuldeisers 'onverschillig of zij al dan niet in het faillissement opgekomen zijn', aldus art. 157 Fw. Dit moet worden begrepen tegen de achtergrond van art. 161a Fw; de schuldeiser die niet tijdig (vóór de *bar date*) zijn vordering ter verificatie heeft ingediend, kan geen aanspraak maken op de akkoordpenningen en valt dus buiten de boot. Er is in art. 161a Fw één uitzondering opgenomen – direct ook de enige uitzondering op de harde regel van de *bar date* – namelijk het geval dat de schuldeiser redelijkerwijs niet in staat was de vordering vóór de *bar date* ter verificatie in te dienen.

Kort en goed: schuldeisers die niet zijn opgekomen in het faillissement kunnen geen aanspraak maken op een uitkering in het faillissement en slechts bij hoge uitzondering op een uitkering uit een gehomologeerd akkoord. De schuldeiser behoudt uiteraard zijn vordering op de schuldenaar (behoudens verjaring), en zal na afloop van het faillissement waar nodig een procedure moeten starten tegen de schuldenaar. Was ten tijde van het faillissement al een procedure aanhangig, dan is deze ex art. 29 Fw geschorst en kan deze na het faillissement worden voortgezet, zie onder 1.3, hierboven.

1.6 Beroepsmogelijkheden

De vraag of een vordering (voorwaardelijk) wordt erkend of betwist en of, afgezien daarvan, de schuldenaar aanleiding heeft gezien vorderingen te betwisten, is gelet op wat hiervoor is besproken van groot belang. Een en ander moet op de verificatievergadering secuur worden bijgehouden. De wet geeft een gevarieerd pakket aan mogelijkheden om (de notering van) gebeurtenissen op de verificatievergadering (wel of niet) aan te tasten.⁴⁵

⁴⁴ Art. 179 Fw.

⁴⁵ De beroepsmogelijkheden tegen de vaststelling dat het akkoord is aangenomen althans als ware het is aangenomen (art. 145 Fw resp. art. 146 Fw) laat ik buiten beschouwing.

De beslissing van de rechter-commissaris om een schuldeiser op de lijst van erkende schuldeisers te plaatsen is een appellabele beslissing.⁴⁶ De gefailleerde zelf is echter geen 'partij' bij die beslissing en kan dus niet in hoger beroep.⁴⁷

Dat geldt ook als de rechter-commissaris de curator toestemming geeft de renvooi-procedure of voortgezette 'art. 29-procedure' te beëindigen door een schikking. Die schikking geschiedt uitsluitend in het belang van de boedel en daarmee is niet verenigbaar dat de schuldenaar hiertegen als 'partij' zou kunnen opkomen.⁴⁸

Als de rechter-commissaris weigert of verzuimt een betwiste vordering naar de renvooi-procedure te verwijzen is dat eveneens een appellabele beslissing.⁴⁹ De verwijzing naar de renvooi-procedure als zodanig is echter niet appellabel.⁵⁰

De beslissing van de rechter-commissaris om een betwiste schuldeiser wel of niet voorwaardelijk toe te laten is niet appellabel.⁵¹

Er is wel betoogd dat de rechtbank ruimte zou moeten zien om in het kader van art. 149 Fw (een met het hierna te bespreken art. 137 Fw vergelijkbare bepaling over het akkoord; er kan verbetering van het proces-verbaal worden gevraagd als 'uit de stukken zelve blijkt dat het akkoord door de rechter-commissaris ten onrechte als verworpen is beschouwd') de beslissing een schuldeiser wel of niet voorwaardelijk toe te laten, te toetsen.⁵² Ik denk niet dat dat juist is. De Faillissementswet geeft zelf aan welke rechtsingangen er zijn, met welke

46 HR 3 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2808, NJ 2017/423.

47 HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3464, NJ 2015/123, m.nt. P. van Schilfgaarde. Een uitzondering geldt als het gaat om een beslissing van de rechter-commissaris die voorafgaat aan de erkenning van een ter verificatie ingediende vordering (namelijk, in de zaak die tot dit arrest heeft geleid, om vorderingen die niet ter verificatie waren ingediend toch toe te laten tot de verificatie – onder het tot 1 januari 2019 geldende recht kon dat niet). Vgl. voor een andere uitzondering op het uitgangspunt dat de gefailleerde zelf niet in hoger beroep kan HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:589, NJ 2019/268, m.nt. F.M.J. Verstijlen. De Hoge Raad oordeelt hier dat een behoorlijke rechtspleging meebrengt dat de schuldenaar op moet kunnen komen tegen de goedkeuring door de rechter-commissaris van de overneming en vervolgens intrekking van een bestuursrechtelijke procedure over een belastingaanslag door curatoren. Dat is tegen de achtergrond van het feit dat een aan de schuldenaar opgelegde belastingaanslag ten opzichte van hem bindend vaststaat behoudens vernietiging of vermindering van de aanslag langs bestuursrechtelijke weg. Als de curator dat niet doet, is de bescherming die art. 126 Fw de schuldenaar biedt dus illusoir, vandaar dat de schuldenaar hiertegen kan opkomen.

48 HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4558, NJ 2013/173.

49 HR 14 mei 1928, NJ 1928, p. 1680. Opgemerkt zij dat een verzuim strikt genomen geen beschikking is. In de zaak die tot deze uitspraak van de Hoge Raad heeft geleid, was verzet tegen de uitdelingslijst ingesteld. Sinds 1 januari 2019 kan een schuldeiser niet meer langs die weg zijn vordering alsnog geverifieerd krijgen. Voorstelbaar is dat een rechtbank die hiermee in hoger beroep wordt geconfronteerd een verzuim als hier aan de orde toch als beschikking beschouwt. Dat geldt vooral als de betreffende vordering ook niet op de lijst met erkende schuldeisers is geplaatst (in welk geval het beroep zich tegen die beslissing kan richten), omdat er anders geen beroepsmogelijkheid zou bestaan. De weg van art. 137 lid 2 Fw staat in zo'n geval immers ook niet open, HR 19 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN8529, NJ 2011/403, m.nt. F.M.J. Verstijlen. Zie ook voetnoot 53 hieronder.

50 Die verwijzing is immers geen beschikking. Vgl. HR 10 juli 1934, NJ 1935, p. 27.

51 Art. 67 Fw jo. art. 125 Fw. Voorstelbaar is wel dat een te lichtvaardige beslissing hierover in het nadeel van de betwiste schuldeiser reden zou kunnen zijn de homologatie te weigeren op de voet van art. 153 lid 3 Fw.

52 Renssen 2023.

beroepsmogelijkheden. De beslissing een schuldeiser wel of niet voorwaardelijk toe te laten is door de wetgever expliciet uitgesloten van hoger beroep en daarmee lijkt in strijd als men langs andere weg – hier de verbetering van het proces-verbaal – die beslissing alsnog aan een andere rechter kan voorleggen.⁵³ Daarmee is overigens niet gezegd dat die beslissing geen rol kan spelen in het kader van de homologatiebeslissing.⁵⁴ Voor zover het om een betwiste schuldeiser gaat wiens stem doorslaggevend zou zijn geweest voor de aanneming van het akkoord staat die weg echter ook niet open (omdat dan aan homologatie immers niet wordt toegekomen).

Op de rechter-commissaris rust dus een behoorlijke verantwoordelijkheid ten aanzien van de op de vergadering te nemen beslissing een betwiste schuldeiser wel of niet voorwaardelijk toe te laten. Zijn toetsingskader is echter beperkt. Van der Weide heeft gesteld dat de rechter-commissaris behoedzaam moet omgaan met zijn bevoegdheid tot voorwaardelijke toelating en bijvoorbeeld gebruik zou moeten maken van de mogelijkheid de vergadering te verdagen om zodoende meer materiaal ter toetsing van de gegrondheid van de betwisting te verkrijgen, en dat voorts niet ondenkbaar is dat bijvoorbeeld wordt overgegaan tot het horen van getuigen.⁵⁵ Ook Soedira heeft gesteld dat de rechter-commissaris gegeven de consequenties die de beslissing van art. 125 Fw heeft, een nadere onderzoekspllicht heeft ten aanzien van de gegrondheid van de vordering. Zij heeft zelfs gesteld dat de betwiste schuldeiser die niet voorwaardelijk wordt toegelaten, wellicht uit hoofde van onrechtmatige daad zou kunnen ageren tegen de rechter-commissaris.⁵⁶

Art. 125 Fw is in de wet opgenomen vanwege het ‘ergerlijk misbruik’ dat door ‘met den gefaillieerde bevriende of door dezen omgekochte schuldeischers’ werd gemaakt van de mogelijkheid om vorderingen te betwisten van schuldeisers van wie zij verwachten dat ze tegen het akkoord zullen stemmen.⁵⁷ Tegelijkertijd bestond de vrees dat het lot van

53 Renssen verwijst naar de uitspraak van Rb. Gelderland 14 juli 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5785. In deze zaak werd op de voet van art. 149 Fw betoogd (overigens ten onrechte) dat de rechter-commissaris art. 145 Fw onjuist had geïnterpreteerd. Dat de rechtbank deze grief onder art. 149 Fw wil behandelen kan ik volgen. De beroepsmogelijkheden in het kader van art. 145 Fw komen erop neer dat als de rechter-commissaris het akkoord ten onrechte als verworpen beschouwt, bijvoorbeeld in verband met een fout in de telling, dat kan worden aangetast langs de weg van art. 149 Fw, terwijl, als de rechter-commissaris het akkoord ten onrechte als aangenomen beschouwt, bijvoorbeeld ook weer in verband met een fout in de telling, dit in het kader van de homologatie aan de orde kan komen. Voor een onjuiste interpretatie door de rechter-commissaris van het quorum/quorum ex art. 145 Fw, waardoor het akkoord ten onrechte als verworpen wordt beschouwd, zou er dan geen rechtsmiddel openstaan – behalve voor zover men bereid zou zijn die interpretatie te beschouwen als een beslissing van de rechter-commissaris als bedoeld in art. 67 Fw, waar ook wel wat voor te zeggen is. Waar het om gaat, is dat de Faillissementswet, anders dan ten aanzien van de beslissing ex art. 125 Fw, niets bepaalt over de mogelijkheid wel of niet in beroep te kunnen, en dat in zo’n geval niet onlogisch is dat de rechter ervan uitgaat dat er een beroepsmogelijkheid is – via art. 149 Fw of via art. 67 Fw.

54 Art. 153 lid 3 Fw.

55 Van der Weide 1996, p. 14.

56 Soedira, *Het akkoord* (O&R nr. 60) 2011, p. 121. De aansprakelijkheid van de rechter-commissaris zou dan bestaan naast de door haar ook genoemde mogelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad te ageren tegen de betwistende schuldeiser. Zij verwijst daarbij naar Van der Weide 1996, die echter niet bepleit dat de rechter-commissaris aansprakelijk zou kunnen worden gehouden. Van der Weide 1996 bespreekt wel de mogelijkheid van een actie uit onrechtmatige daad tegen de betwistende crediteur, ex-gefaillieerde of zelfs de curator als blijkt dat zij ten tijde van de verificatievergadering wetenschap hadden die tot (voorwaardelijke) toelating zou hebben geleid als die aan de rechter-commissaris bekend was geweest (p. 15). Onrechtmatig handelen van de rechter-commissaris zou aan de orde kunnen zijn als hij bij deze beslissing opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld dan wel met kennelijk grove miskenning van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt, zie HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2215, NJ 2017/141, m.nt. J.B.M. Vranken. Dat lijkt mij, gegeven het beperkte toetsingskader van art. 125 Fw, vergezocht.

57 Van der Feltz, *Van der Feltz-II* (O&R nr. 2-II), p. 114 (MvT).

het akkoord kan afhangen van een voorwaardelijk toegelaten vordering die naderhand door de rechter ontzegd wordt. Daarvan werd opgemerkt dat 'uit den aard der zaak de rechter-commissaris van de hem verleende bevoegdheid alleen gebruik [zal] maken, als de vordering hem voorshands voldoende gestaafd voorkomt'.⁵⁸ Het ligt dan op de weg van de betwiste schuldeiser om voldoende gegevens aan te dragen waaruit de gegrondheid van zijn vordering voldoende kan worden afgeleid. Het lijkt mij zeker niet de bedoeling dat de rechter-commissaris, door getuigen te horen, vooruit gaat lopen op het oordeel van de rechtbank in de renvooiprocedure.

Los van de besproken beroepsmogelijkheden tegen de diverse beslissingen op de verificatievergadering, is er de mogelijkheid om de rechtbank om verbetering van het proces-verbaal te verzoeken, als 'uit de stukken zelve blijkt dat in het proces-verbaal een vergissing is geslopen'.⁵⁹ Het gaat hierbij dus om herstel van kennelijke fouten die zich voor eenvoudig herstel lenen. Langs deze weg kan niet worden bereikt dat een ten onrechte niet in het verificatieproces betrokken vordering alsnog wordt geverifieerd.⁶⁰ Tegen de beslissing van de rechtbank op de voet van art. 137 lid 2 Fw is geen hoger beroep mogelijk; de beslissing van de rechtbank valt onder art. 85 Fw.⁶¹

Ten slotte heeft – alleen – de curator nog de mogelijkheid de erkenning van een vordering aan te tasten op grond van bedrog.⁶²

De uitspraak van Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 5 augustus 2021⁶³ vormt een mooie illustratie van het niet direct overzichtelijke systeem en hoe dit een mijnenveld kan opleveren voor schuldeisers. Het betreft een hoger beroep tegen de beslissing van de rechtbank tot homologatie van een door gefailleerde aangeboden akkoord.⁶⁴ Volgens een van de schuldeisers, die tegen het akkoord was, is het akkoord ten onrechte aangenomen en gehomologeerd, omdat er vóór het akkoord is gestemd door een curator voor een vordering van 'zijn' gefailleerde, terwijl het betreffende faillissement (een bv) ten tijde van de stemming al was afgewikkeld en de curator dus geen vordering meer had, laat staan een positie. Het hof overweegt dat dit een bezwaar is tegen de erkenning van de vordering tijdens het verificatieproces, en de schuldeiser daar tijdig langs de weg van art. 67 Fw tegen in beroep had moeten komen. Nu dat niet is gebeurd, moet er bij de homologatie dus van worden uitgegaan dat die vordering is erkend, en dat de voormalig curator ook terecht aan de stemming heeft deelgenomen, aldus het hof.

58 Van der Feltz, *Van der Feltz-II* (O&R nr. 2-II), p. 114-115 (Verslag TK met Regeeringsantwoord).

59 Art. 137 Fw.

60 HR 19 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN8529, NJ 2011/403, m.nt. F.M.J. Verstijlen. De Hoge Raad oordeelde dat de betreffende schuldeiser dan de weg van art. 186 (oud) Fw (verzet tegen de uitdelingslijst) kan volgen, en om redenen van praktische aard ook die van art. 178 (oud) Fw (de zogenoemde veegvergadering). De veegvergadering is met ingang van 1 januari 2019 vervallen, net als de mogelijkheid via een verzet tegen de uitdelingslijst alsnog vorderingen geverifieerd te krijgen. Daarmee lijkt in praktische zin alleen over te blijven de mogelijkheid genoemd in voetnoot 49 om het verzuim aan te merken als een beschikking waartegen hoger beroep mogelijk is. Het is, gelet op de korte beroepstermijnen, zaak dat de schuldeisers het proces-verbaal van de verificatievergadering nauwgezet nakijken.

61 HR 19 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN8529, NJ 2011/403, m.nt. F.M.J. Verstijlen.

62 Art. 121 lid 4 Fw.

63 Hof 's-Hertogenbosch 5 augustus 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2495.

64 Art. 154 Fw.

1.7 Positie schuldenaar

Uit wat hiervoor is besproken, volgt (i) dat de erkenning (al dan niet na (een schikking voorafgaand aan of tijdens) een (renvooi)procedure) van de vordering in faillissement gezag van gewijsde zaak heeft in het faillissement, ook ten aanzien van de schuldenaar, tenzij hij op de verificatievergadering de vordering heeft betwist en (ii) de schuldenaar geen positie heeft in renvooiprocedures en voortgezette 'art. 29-procedures'. Deze spelen zich af tussen de schuldeiser wier vordering is betwist en de betwistende partij; de schuldenaar valt daar 'tussenuit'.

Het is begrijpelijk dat het schuldenaren kan frustreren dat zij buiten de procedure worden geplaatst waarin een vordering op hen wordt vastgesteld. Zij moeten met lede ogen aanzien dat de vordering op de verificatievergadering überhaupt niet betwist wordt door een ander dan zichzelf, of dat in een renvooiprocedure of voortgezette 'art. 29-procedure' bijvoorbeeld een mede-schuldeiser die de schuldenaar niet goed gezind is, stellingen van de betwiste schuldeiser onbesproken laat of belangrijke verweren laat liggen. Het is dan ook niet verbazend dat een schuldenaar vorig jaar bij de Hoge Raad heeft betoogd dat het stelsel van de wet in strijd is met art. 1 Eerste Protocol van het EVRM. Maar het is evenmin verbazend dat de Hoge Raad, juist onder verwijzing naar het wettelijk stelsel, dit betoog heeft verworpen.⁶⁵ Er is inderdaad sprake van een inmenging in het ongestoorde eigendomsrecht, aldus de Hoge Raad, maar deze is bij wet voorzien en gerechtvaardigd door het algemene belang dat schuldeisers van de gefailleerde zoveel mogelijk worden voldaan. Het gaat, met andere woorden, in het (voortgezette) geding niet (langer) om het belang van de gefailleerde, maar om het belang van de boedel.⁶⁶ Deze inmenging is naar het oordeel van de Hoge Raad ook in overeenstemming met het proportionaliteitsvereiste, want er is een 'fair balance' tussen voornoemd algemeen belang en het belang van de bescherming van de grondrechten van de gefailleerde, waaraan bijdraagt dat de erkenning van de vordering in het faillissement geen kracht van gewijsde zaak heeft tegen de gefailleerde als hij de vordering op de verificatievergadering heeft betwist, terwijl hetzelfde geldt voor de beslissing in het aanvankelijk op de voet van art. 29 Fw geschorste en nadien voortgezette geding waarin de gefailleerde geen partij meer was.

Het roept de vraag op wat dat betekent: dat de schuldenaar niet door de erkenning, al dan niet na een renvooi- of voortgezette 'art. 29-procedure', wordt gebonden omdat hij de vordering zelf heeft betwist.

Intrigerend is wat A-G Snijders in zijn conclusie voor het arrest daarover zegt, namelijk dat de gefailleerde desgewenst na het einde van het faillissement een procedure tegen de betrokken schuldeiser kan beginnen om terug te vorderen wat deze door de erkenning van zijn vordering in het faillissement heeft verkregen.⁶⁷

Dat doet denken aan wat de Hoge Raad oordeelde in het *UPC*-arrest, in verband met een surseance-akkoord. Een gehomologeerd surseance-akkoord levert samen met het

65 HR 7 juli 2023, ECLI:NL:HR:2023:1067, *NJ* 2023/291, m.nt. F.M.J. Verstijlen.

66 Vgl. HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4558, *NJ* 2013/173.

67 Zie Concl. A-G G. Snijders 9 december 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1148, *NJ* 2023/291, nr. 4.18.