

BEOORDELING FAILLISSEMENTS-AANVRAGE IN HOGER BEROEP

door Prof. Mr J. Valkhoff

In alle drie gevallen, waaraan wij hier enkele beschouwingen zullen wijden, was door de Arrondissements-Rechtbank een faillietverklaring uitgesproken, omdat naar 's rechters oordeel summierlijk gebleken was zowel van het vorderingsrecht van de schuldeiser, die het verzoek tot faillietverklaring deed, als ook van feiten of omstandigheden, welke aantoonde, dat de schuldenaar in de toestand verkeerde, dat hij had opgehouden te betalen (art. 6 i.v.m. art. 1 Faillissementswet). Ook een redelijk belang ¹⁾ van de aanvrager had klaarblijkelijk niet ontbroken. In alle drie gevallen was bovendien de schuldenaar, die in staat van faillissement verklaard was, in hoger beroep gekomen (artt. 8-12 F.W.), maar zag deze het tegen hem gewezen vonnis van faillietverklaring door het Gerechtshof bekrachtigd.

In het *eerste geval*, dat wij hier bespreken en met *A* aanduiden, was de aanvrager van het faillissement tijdens de appèl-behandeling ten volle voldaan. Ondanks dit nieuwe feit van volledige voldoening na de faillietverklaring in eerste aanleg, bekrachtigde het Hof niettemin het vonnis van de Rechtbank bij zijn arrest in hoger beroep, overwegende, dat de schuldenaar nog altijd meerdere schulden had, welke hij niet kon betalen. Hiertegen werd voorziening in cassatie gevraagd: het Hof had het Rechtbank-vonnis tot faillietverklaring niet mogen bevestigen, ten eerste omdat er geen schuldeiser-aanvrager in de zin van artikel 1 F.W. meer was, en ten tweede omdat bij het Hof niet gebleken was, dat de schuldenaar in de toestand van opgehouden hebben te betalen verkeerde.

Ten aanzien van het eerste cassatiemiddel besliste de *Hoge Raad* bij zijn *arrest van 4 November 1949, N.J. 1950 No. 17*, dat het Hof de faillietverklaring had mogen bekrachtigen. De Hoge Raad overwoog n.l. ten aanzien van dit middel van cassatie:

„dat het Hof heeft overwogen, dat de omstandigheid, dat, gelijk is gebleken, de schuld van den aanvrager van het faillissement na de uitspraak is betaald, het Hof niet leidt tot een andere beslissing dan die, waartoe de arrondissements-rechtbank is gekomen, vermits is komen vast te staan, dat appellant meerdere schulden heeft, welke hij niet kan betalen;

dat deze overweging van het Hof doet kennen, dat de omstandigheid, dat na de door de rechtbank uitgesproken faillietverklaring de schuld van hem, op wiens aanvraag het faillissement is uitgesproken, alsnog wordt voldaan, niet tot vernietiging van de faillietverklaring kan leiden, indien ondanks het wegvallen van die schuld de toestand van te hebben opgehouden te betalen is blijven bestaan;

dat die opvatting niet in strijd komt met de aangehaalde wetsartikelen, met name ook niet met de bepaling van art. 6, tweede lid F.W.; dat toch de eis, dat de rechtbank de faillietverklaring niet uitspreke dan nadat summier van het vorderingsrecht van den aanvrager is gebleken, niet medebrengt, dat, indien van dat vorderingsrecht is gebleken en mede op dien grond de faillietverklaring is uitgesproken, de daarmee ingetreden rechtstoestand van faillissement, welke ook de rechtspositie van de an-

¹⁾ Zie H.R. 4 Sept. 1942, N.J. 1942 No. 617 en H.R. 26 Juni 1942, N.J. 1942, No. 585.

dere schuldeisers bepaalt, alsnog ter beschikking zou zijn van den schuldeiser, die hem bevoegdelijk heeft uitgelokt."

Terwijl de Hoge Raad het eerste cassatie-middel verwierp, er de nadruk op leggend, dat de rechtstoestand van faillissement, welke indertijd bevoegdelijk was uitgelokt, ook de rechtspositie der andere schuldeisers bepaalt, zodat het niet alleen in de macht van de aanvrager mag liggen of van diens wil mag afhangen of deze eenmaal bestaande toestand blijft voortbestaan, vernietigde de Hoge Raad toch het arrest van het Gerechtshof, overwegende,

„dat echter het tweede middel is gegrond vermits door het wegvallen in hoger beroep van de vordering van aanvrager, de vraag of desondanks de toestand van te hebben opgehouden te betalen is blijven bestaan, een nader onderzoek vereiste met betrekking tot de houding van de andere schuldeisers, en de enkele omstandigheid, dat de schuldenaar deze andere schulden niet kan betalen, nog niet insluit, dat ten opzichte van deze andere schuldeisers de toestand van te hebben opgehouden te betalen aanwezig is." Het Hof had dit moeten onderzoeken en moest dit, na verwijzing van de zaak door de Hoge Raad, alsnog doen.

In het *tweede geval*, dat wij op het oog hebben en *B* noemen, ging het om een schuldeiser, die eerst het faillissement van de schuldenares gewild en haar faillissement dan ook aangevraagd had, doch na de uitspraak van faillissement tijdens de appèl-behandeling tot andere gedachten kwam en verklaarde geen bezwaar tegen vernietiging van het vonnis van de Rechtbank door het Hof te hebben, daar hij bij het faillissement geen belang meer had. Had het Hof — nu niet het Amsterdamse, maar het Arnhemse — het Rechtbank-vonnis mogen bekrachtigen, en de faillietverklaring handhaven, gelijk het college deed, omdat het de toestand van te hebben opgehouden te betalen nog aanwezig oordeelde? Of had het Hof de faillietverklaring moeten vernietigen, omdat er op het moment van het onderzoek door het Hof geen aanvrager van het faillissement meer was? Zoals te verwachten was na het hierboven besproken arrest van de Hoge Raad van 4 November 1949 ²⁾, verwierp de *Hoge Raad* bij zijn slechts enkele maanden later gewezen arrest van 27 Januari 1950, *N.J.* 1950, No. 267 het cassatieberoep, weer overwegende:

„dat toch de met een faillietverklaring ingetreden rechtstoestand van faillissement, welke ook de rechtspositie van de andere schuldeisers bepaalt niet geacht kan worden alsnog ter beschikking te staan van den schuldeiser, die hem bevoegdelijk heeft uitgelokt".

Dit tweede arrest werd gewezen overeenkomstig de conclusie van de Procureur-Generaal Mr Berger, die kort kon zijn en naar het arrest van 4 November 1949 kon verwijzen. In het eerste geval (*A*) had mr Hooykaas — toen nog Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad, thans hoogleraar te Utrecht — t.a.v. het eerste cassatiemiddel in een zeer korte en bondige, nogal apodictisch geformuleerde conclusie een ander standpunt ingenomen dan de Hoge Raad in zijn arrest huldigde ³⁾, terwijl Ph. A. N.

²⁾ Houwing schreef in zijn noot onder dit arrest van 4.XI.'49, waarbij de Hoge Raad voor de eerste maal de rechtsvraag in kwestie besliste: „Het arrest betrof een geval, waarin de aanvrager in appèl betaald was, de beslissing luidt echter algemeen en houdt tevens in, dat de aanvrager, als het faillissement eenmaal is uitgesproken, zijn aanvraag niet meer kan *intrekken*, zij geldt voorts ook in geval van *verzet*."

³⁾ Mr Hooykaas oordeelde het eerste cassatie-middel gegrond nu bij het Hof feitelijk was komen vast te staan, dat de aanvrager van het faillissement voldaan was. Zoals Houwing in zijn annotatie opmerkt, is de verwijzing door Hooykaas naar het arrest van de Hoge Raad van 14 Dec. 1934, *N.J.* 1935, blz. 95 en *W. v. h. R.* No. 12861

H(ouwing), toen nog hoogleraar te Rotterdam en thans Raadsheer in de Hoge Raad, in een uitgebreide, zeer grondige en minutieuze annotatie in de „Nederlandse Jurisprudentie” het arrest aan kritiek onderwierp.

De kritiek van Houwing komt in hoofdzaak hierop neer, dat onze Faillissementswet van 30 Sept. 1893, St. no. 140 nu eenmaal het systeem huldigt, dat een faillissement er niet van rechtswege komt en dat niet de rechter ambtshalve een faillietverklaring heeft uit te spreken, zodat, wanneer er in hoger beroep geen aanvragende schuldeiser met een geldig vorderingsrecht zijnerzijds meer blijkt te zijn, doordat deze nadien voldaan is, het Hof niet de faillissementstoestand mag handhaven. Houwing's kritiek geldt evenzeer in het geval, dat de schuldeiser-aanvrager niet intussen ten volle is voldaan, maar zijn faillissements-aanvraag alsnog tijdens de appèl-behandeling intrekt. „Zij komt mij voor”, aldus Houwing, „slecht te passen in het systeem onzer wet, die, gelijk betoogd, gewild heeft, dat de rechter een faillissement niet ambtshalve zal uitspreken, doch slechts dan, als er een schuldeiser is, die zijn wil daartoe door een aanvraag kenbaar maakt. Als de aanvrager zijn aanvraag intrekt, is er geen enkele schuldeiser, die het faillissement wenst, althans rechtens kenbaar gemaakt heeft het te wensen. Waarom moet dan desondanks het faillissement gehandhaafd blijven?”

Zelf heb ik mij indertijd met de opvatting van de Hoge Raad, volgens welke de enkele omstandigheid, dat na de eenmaal uitgesproken faillietverklaring de aanvrager van het faillissement voldaan is of alsnog zijn faillissementsaanvraag laat varen, daar hij er geen belang meer bij meent te hebben, niet zonder meer tot vernietiging van de faillietverklaring in hoger beroep of bij verzet kan leiden, wanneer desondanks de toestand van te hebben opgehouden te betalen (art. 1 F.W.) is blijven bestaan, accoord verklaard⁴⁾. Inderdaad moet er, wanneer de faillissementsaanvraag bij de rechtbank behandeld wordt, een crediteur-aanvrager met een opeisbare vordering en een redelijk belang zijn. Een faillissement wordt volgens ons geldend recht niet ambtshalve door de Rechtbank uitgesproken. Dit geldt echter alleen voor het aanvraag-stadium bij de Rechtbank. Dat was in de beide hierboven behandelde casus voorbij. Die aanvraag, voldoende aan de door de wet gestelde vereisten, was er echter geweest. De toestand van opgehouden hebben te betalen kan er ook nu nog zeer wel zijn. Of die toestand er nog is, zal door de rechter in hoger beroep onderzocht moeten worden. De zaak is echter reeds op de door de Faillissementswet voorgeschreven wijze bij de Rechtbank aanhangig gemaakt en er is summier van het vorderingsrecht van de aanvrager gebleken bij de Rechtbank, welke mede op die grond de faillietverklaring heeft uitgesproken, waardoor de bijzondere rechtstoestand van faillissement reeds ingetreden is. Veranderd is alleen, dat er nu één crediteur minder is. De overige crediteuren kunnen echter nog zeer wel belang hebben bij de faillissementstoestand, die er reeds is. Een faillissement is een collectief beslag: „concurfus creditorum”. Er is een algemeen beslag op het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van alle schuldeisers en wanneer dit eenmaal volgens de wettelijke vereisten — niet ambtshalve, doch

irrelevant, daar dit een andere casuspositie dan de onderhavige betrof, n.l. een weigering door de aanvrager van het faillissement van een tijdens de behandeling van de faillissementsaanvraag voor de *Rechtbank* door de procureur van schuldenaar *aangeboden betaling*.

⁴⁾ In „Fiscaal-Economisch Documentatie” (F.E.D.) van 11 Februari 1950 (R. 11.3.2) en van 29 Juli 1950 (R. 11.3.3.).

op een rechtsgeldige aanvraag — bij de rechtbank gelegd is, brengt de aard van een faillissement mee, dat het niet ter discretie van één van de schuldeisers staat, dat die toestand van algemeen beslag, welke in het belang niet van één, doch van de gezamenlijke schuldeisers is, weer eindigt.

Ook Molengraaff en Polak zijn van oordeel, dat de omstandigheid, dat de schuleiser op wiens verzoek het faillissement is uitgesproken in hoger beroep verklaart door of vanwege de schuldenaar voldaan te zijn of zijn aanvraag in te trekken, niet zonder meer van invloed kan zijn. Bij Molengraaff lezen wij: „Toegegeven moet worden, dat door de voldoening het vorderingsrecht van den aanvrager is komen te vervallen, maar dat nu ook de toestand, dat de schuldenaar heeft opgehouden te betalen, is geëindigd, kan op dien enkelen grond niet worden aangenomen. Daarvoor is meer nodig” ⁵⁾. En Polak schrijft: „dan is dit niet voldoende om aan te nemen, dat de door de wet geëiste toestand niet bestaat ⁶⁾”. Houwing vindt in zijn belangwekkende annotatie de motivering van Molengraaff en Polak ondeugdelijk, omdat zijns inziens de wet nu eenmaal twee vereisten stelt, 1°. het hebben opgehouden te betalen en 2°. de wil van een schuldeiser. Wanneer Houwing dan schrijft: „Als aan één vereiste niet meer voldaan is, kan men niet, enkel omdat het andere vereiste nog aanwezig is, het faillissement in stand houden”, is dit eigenlijk een petitio principii. De Hoge Raad spreekt uitdrukkelijk van het geval, dat de faillietverklaring eenmaal is uitgesproken op een bevoegdlijk daartoe gedaan verzoek. Door het krachtens artikel 4, lid 3 F.W. bij voorraad, op de minuut uitvoerbaar, constitutief vonnis van faillietverklaring verloor de schuldenaar van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorend vermogen. Dit wordt uitdrukkelijk bepaald door artikel 23 van de Faillissementswet, waarin hieraan nog toegevoegd wordt: „te rekenen van den dag, waarop de faillietverklaring wordt uitgesproken, die dag daaronder begrepen.” Daarna moet die reeds ingetreden rechtstoestand, welke alle schuldeisers aangaat, niet meer ter beschikking van de éne schuldeiser, die het faillissement aanvroeg, staan. Het gaat hier dus niet om de formele aanvraag, maar om de rechtsgevolgen, wanneer eenmaal door de Rechtbank bij vonnis op de aanvraag beslist is (art. 23 F.W.). Houwing schijnt dit nu en dan in zijn aantekening onder het arrest over het hoofd te zien.

Zowel Molengraaf als Polak houden, naar mijn mening, volledig rekening met de aard van de procedure in hoger beroep als een geheel nieuw rechterlijk onderzoek naar de feiten op het moment van dat nieuwe onderzoek ⁷⁾. Het gaat er maar om, welke feiten voldoende zijn en welke niet, om aan te nemen, dat de door de wet geëiste toestand van opgehouden hebben met betalen is blijven bestaan. De bewerk van Molengraaff's uniek en voortreffelijk verklarend commentaar op de Faillissementswet, Prof. Star Busmann, heeft dan ook, na kennisneming van de arresten van de Hoge Raad van 4.XI.'49 en 27.I.'50 en Houwing's doorwrochte kritiek daarop, geen aanleiding gevonden om het door Mo-

⁵⁾ „De Faillissementswet verklaard” door Mr W. L. P. A. Molengraaff, bewerkt door Mr C. W. Star Busmann (vierde druk, 1951), blz. 108.

⁶⁾ M. Polak: „Handboek voor het Nederlandsche Handels- en Faillissementsrecht”, Eerste Deel (vijfde druk, 1935), blz. 534.

⁷⁾ Zie H.R. 2 December 1898, W. 7210 en H.R. 25 Mei 1906, W. 8384.

lengraaff ingenomen standpunt te herzien⁸⁾). Even nadrukkelijk werd dit in de nieuwe druk (1951) gehandhaafd. Ook Dorhout Mees is in zijn nieuwe „Kort begrip van het Nederlands Handelsrecht” (1953) klaarblijkelijk van mening, dat Houwing's kritiek op het arrest van de Hoge Raad niet gerechtvaardigd is (No. 1624).

En nu het nieuwe arrest van de Hoge Raad, n.l. dat van 10 December 1954, N.J. 1955 No. 538. In dit (derde) geval (C) had het Hof te Amsterdam een rechtbank-vonnis tot faillietverklaring bekrachtigd, ondanks het feit, dat aan het Hof niet summierlijk was gebleken van het vorderingsrecht van de schuldeiser, die bij de Rechtbank de faillietverklaring verzocht en verkregen had. Het Hof overwoog o.a.: „dat bij de behandeling en uit de stukken niet summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van de oorspronkelijke verzoekster van appellants faillissement, evenals de Rb. van oordeel is, dat app. verkeert in de toestand, dat hij heeft opgehouden te betalen.” In dit geval werd het arrest van het (Amsterdamse) Hof — terecht — in cassatie vernietigd, (overeenkomstig de conclusie van de Advocaat-Generaal Mr Loeff).

Reeds in zijn annotatie bij het arrest van 4 November 1949, N.J. 1950 No. 17 wees Houwing erop, dat de Hoge Raad zijn beslissing beperkte tot het geval, dat in eerste instantie van het vorderingsrecht van de schuldeiser-aanvrager gebleken is. „Zij geldt dus niet, indien de appèl-rechter van oordeel is, dat de eerste rechter ten onrechte dat vorderingsrecht bewezen heeft geacht.” Zo is het, want in het tweede lid van artikel 6 van de Faillissementswet wordt uitdrukkelijk bepaald, dat summierlijk bij de rechtbank van het vorderingsrecht van de verzoekende schuldeiser moet blijken. In het arrest van 10 December 1954 overwoog de Hoge Raad dan ook:

„dat, nu art. 6, tweede lid F.W. als voorwaarde voor uitspraak van de faillietverklaring stelt, dat, zo een schuldeiser het verzoek doet, ook van het vorderingsrecht summierlijk moet zijn gebleken, aldus aan de faillietverklaring een grond kwam te ontvallen, en het Hof dienvolgens, met vernietiging van de door de Rb. uitgesproken faillietverklaring, alsnog de aanvrager niet ontvankelijk had moeten verklaren in haar verzoek;

dat daaraan niet kan afdoen, dat, zoals het Hof overweegt, verzoeker tot cassatie in den toestand verkeert, dat hij heeft opgehouden te betalen, en dat naar een verklaring van de zijde van de curator twee crediteuren op handhaving van het faillissement hebben aangedrongen; dat toch uit 's Hofs vaststelling omtrent het vorderingsrecht van de schuldeiseres, welke het verzoek tot faillietverklaring deed, volgt, dat de faillietverklaring nader is gebleken niet bevoegdelijk te zijn uitgelokt.”

Het is inderdaad zeer wel mogelijk, dat het Hof met ondanks het nieuwe feit in hoger beroep zelf te onderzoeken en uit te maken, dat de toestand van te hebben opgehouden met betalen nog bestond, gemeend heeft verder te moeten en te kunnen gaan op de weg, gewezen in het vroegere arrest van de Hoge Raad van 4.11.1949. De annotator, Prof. mr Hymans van den Bergh (H.B.) acht dit in zijn noot onder het nieuwste arrest niet onwaarschijnlijk. Stellig is de Hoge Raad met dat laatste arrest van 1954 niet teruggekomen op zijn in de vroegere arresten van 1949 en 1950 neergelegde opvatting. Ook is er, naar mijn mening, geen

⁸⁾ Gelijk te verwachten was na Star Busmann's karakterisering van het faillissement in zijn annotatie onder het reeds in noot 3 op pagina 488 vermelde arrest van de Hoge Raad van 14 December 1934, W. 12861.

tegenspraak tussen de beslissingen van de Hoge Raad nu (geval C) en toen (gevallen A en B). Wel acht Houwing de opvatting van de Hoge Raad, krachtens welke dit college zijn beslissing beperkt tot het geval dat in eerste instantie van het vorderingsrecht van de aanvrager is gebleken, enerzijds redelijk, maar anderzijds nauwelijks verenigbaar met 's Hogen Raads opvatting, dat een eenmaal ingetreden faillissementstoestand, als alle schuldeisers aangaande, niet meer ter beschikking van de aanvrager staat, doch de Hoge Raad heeft nooit beweerd, dat die bijzondere rechtstoestand van faillissement niet eerst op de door de wet voorgeschreven wijze (art. 6, lid 2 F.W.) in het leven geroepen moet zijn.

De vraag rijst, of 's Hogen Raads opvatting in geval C meer in overeenstemming met het systeem van onze Faillissementswet is dan de beslissingen in de beide gevallen A. en B. Zowel Houwing als Hymans van den Bergh beantwoorden, blijkens hun beider annotaties, deze vraag bevestigend. Ten onrechte, meen ik. Alle drie passen de arresten in het systeem van de Nederlandse Faillissementswet. Immers in de eerste twee gevallen was het vereiste van een faillissementsaanvraag van de zijde van een schuldeiser met een geldig vorderingsrecht op het moment van het rechtbank-vonnis tot faillietverklaring van de debiteur aanwezig. In het laatste geval echter bleek achteraf, in hoger beroep, dat er nooit een bevoegdelijk gedaan verzoek tot faillietverklaring geweest was, daar de rechtbank ten onrechte het vorderingsrecht van de aanvrager-schuldeiser summierlijk bewezen geacht had. In beide gevallen baseerde de Hoge Raad zich evenzeer op artikel 6, lid 2 van de Faillissementswet. Overigens, wanneer er iemand doordrongen geweest zal zijn van het systeem van de Faillissementswet en de consequenties daarvan, dan is het toch wel de onvergetelijke Molengraaff als „geestelijke vader” dier wet geweest.

In alle drie gevallen was de beslissing van de Hoge Raad op de desbetreffende rechtsvraag dogmatisch-juridisch juist. De rechtspraak van de Hoge Raad in de gevallen A en B is bovendien praktisch en rationeel. In alle drie gevallen was er een faillissementsverklaring en was er reeds een algemeen faillissements-beslag. In de gevallen A en B was deze rechtstoestand ingetreden op grond van een bevoegdelijk, aan de wettelijke eisen voldoende verzoek. Laat dan het Hof bij de behandeling in hoger beroep van deze nu eenmaal bevoegdelijk bij de rechter aanhangig gemaakte en aanhangig zijnde faillissementszaak zelf, zonder dat daartoe opnieuw een inleidend verzoekschrift nodig is, een nader onderzoek instellen „met betrekking tot de houding van de andere schuldeisers”, zoals de Hoge Raad in zijn arrest van 4 Nov. 1949 zegt; „of een hunner instandhouding van het faillissement wenst”, volgens de formulering van Dorhout Mees („Kort begrip van het Nederlands Handelsrecht”, No. 1624). Zijn ook die andere schuldeisers inmiddels betaald? Is er met hen wellicht een regeling getroffen? Of bestaat er ten aanzien van die andere schuldeisers nog de toestand van te hebben opgehouden met betalen, zodat zij belang bij een algemeen beslag en een algemene vermogens-executie hebben? In een geval C echter zou het Hof dat niet kunnen doen zonder in strijd met het systeem van onze Faillissementswet te komen, want daar blijkt de faillissementstoestand niet bevoegdelijk (overeenkomstig art. 6, lid 2 F.W.) in het leven geroepen te zijn, omdat het vorderingsrecht van de aanvragende crediteur nooit summierlijk bewezen werd.

De rechtspraak van de Hoge Raad in de hier besproken gevallen kan

overigens tevens in dit opzicht nuttig werken, dat in bepaalde gevallen knoeierijen — bijv. tussen schuldeiser-aanvrager en debiteur — er door belet zullen kunnen worden. Ook volgens Houwing zal dit mede de intentie van de Hoge Raad geweest zijn met zijn arrest van 4 Nov. 1949. „De Hoge Raad zal geknoei hebben willen voorkomen”. Houwing acht dit motief van de Hoge Raad niet klemmend, omdat er een curator is en omdat hij de andere crediteuren door de faillissementsuitspraak voldoende gewaarschuwd acht. Houwing onderschat echter het gevaar van knoeierijen, naar blijkt uit de opmerkingen, door J. E. van de Rhoer in „Nederlands Juristenblad” van 11 Februari 1950, blz. 128, gemaakt.
