

10 - Devolutieve werking en grievenstelsel in hoger beroep in wettelijke schuldsaneringszaken

Pieter Frans Lock*

1. Inleiding

“Het middel klaagt dat het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden door een eigen oordeel te geven over de overige schulden van verzoeker, terwijl verzoeker in zijn beroepschrift alleen gegriefd heeft tegen het oordeel van de rechtbank over de schuld aan de curator. Het middel stelt terecht dat het oordeel van het hof over de overige schulden afwijkt van het oordeel van de rechtbank zonder dat tegen dit oordeel van de rechtbank is gegriefd.”
(Conclusie A-G Timmerman, 25 april 2014 ECLI:NL:PHR:2014:523)

Zomaar een passage uit een conclusie van Advocaat-Generaal Timmerman, die onlangs mijn aandacht trok. Het betrof een zaak waarbij een verzoek tot toepassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling door de rechtbank was afgewezen. Een van de schulden betrof een vordering van een curator op de verzoeker wegens bestuurdersaansprakelijkheid. Hangende de procedure bij de rechtbank had de verzoeker de vordering volledig voldaan. De rechtbank achtte deze schuld aan de curator evenwel niet te goeder trouw ontstaan. Door deze schuld te voldoen, zo oordeelde de rechtbank, zijn andere schulden, die wel te goeder trouw zijn ontstaan, onbetaald gebleven. De rechtbank wees daarom op grond van art. 288 lid 1 sub b Fw het verzoek af. Daartegen ging de verzoeker in hoger beroep en hij richtte daarbij zijn pijlen op het oordeel van de rechtbank ten aanzien van de schuld aan de curator. Het hof boog zich evenwel ook over andere schulden van de verzoeker, waarvan de rechtbank had gezegd dat die buiten de

vijfjaarstermijn vielen of te goeder trouw waren ontstaan, en oordeelde dat ten aanzien van die schulden niet aannemelijk is geworden dat die te goeder trouw zijn ontstaan en dat die schulden daarom (ook) aan toewijzing van het verzoek in de weg stonden.

Uit de overweging van Timmerman zou een argeloze lezer kunnen afleiden dat het hof daarmee zijn boekje te buiten is gegaan en bij de beoordeling van het hoger beroep tegen de afwijzing van een schuldsaneringsverzoek gebonden was aan de door de appellant aangevoerde grieven. Maar hoe zit dat eigenlijk? Mag het hof afwijken van een oordeel van de rechtbank over het ingediende verzoek tot toelating tot de schuldsaneringsregeling of over een (tussentijdse) beëindiging daarvan indien tegen dat oordeel geen grieven zijn gericht? Moet het hof de hele zaak opnieuw beoordelen of zijn aan die beoordelingsruimte grenzen?

De conclusie van Timmerman geeft er geen antwoord op; het middel kon bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden. De ontwikkeling van het appelprocesrecht op het gebied van de devolutieve (“afwentelende”) werking en het grievenstelsel heeft met name plaatsgevonden in dagvaardingszaken, maar geldt net zozeer in verzoekschriftprocedures en (dus) ook in insolventieprocedures. Er is over deze materie in schuldsaneringszaken weinig rechtspraak van de Hoge Raad. Veel cassatieberoepen die dit onderwerp raken, smoren in een afdoening volgens artikel 81 RO. Deze bijdrage beoogt in hoofdlijnen wat helderheid te geven over de verhouding tussen schuldsaneringszaken (zoals bedoeld in titel III van de Faillissementswet) en de devolutieve werking van het hoger beroep en het daarin geldende grievenstelsel. In deze bespreking beperk ik mij - om het overzichtelijk te houden - tot het hoger beroep tegen beslissingen ter zake van de afwijzing van verzoeken tot toelating tot de wettelijke schuldsaneringsregeling en tegen beslissingen

ter zake van de (tussentijdse) beëindiging van de wettelijke schuldsaneringsregeling, al dan niet onder verlening van de schone lei.

2. De omvang van het hoger beroep

Op grond van de devolutieve werking van het hoger beroep, wordt in geval van hoger beroep de behandeling van de zaak zoals zij voor de eerste rechter diende in beginsel geheel afgewenteld op de appelrechter om door hem te worden beslist. Het toetsingskader (“de rechtsstrijd”) in hoger beroep is in beginsel hetzelfde als in eerste aanleg. Het uitgangspunt is dat het hoger beroep de hele uitspraak waartegen wordt geappelleerd, omvat. Dat is alleen anders indien het hoger beroep door de appellante uitdrukkelijk wordt beperkt tot enkele beslissingen uit de bestreden uitspraak. Zo’n beperking mag slechts worden aangenomen indien sprake is van een ondubbelzinnige verklaring waaruit blijkt dat voor het overige in de beslissing wordt berust.

Als hoger beroep wordt ingesteld tegen de afwijzing van een schuldsaneringsverzoek, ligt aan de appelrechter dus in beginsel weer de hele zaak voor: hij zal opnieuw het inleidend verzoek tot toelating tot de schuldsaneringsregeling moeten beoordelen. En bij een hoger beroep tegen tussentijdse beëindiging of beëindiging van de regeling al dan niet met het verlenen van de schone lei, geldt hetzelfde. Ook dan zal het hof opnieuw moeten beoordelen of voor een dergelijke (tussentijdse) beëindiging voldoende grond aanwezig is. Met andere woorden: het hof is dan bevoegd en ook gehouden een zelfstandig onderzoek in te stellen naar de feiten en omstandigheden die van belang zijn voor de beantwoording van de vraag of aanleiding bestaat tot een dergelijke (tussentijdse) beëindiging, zonder gebonden te zijn aan de oordelen van de rechtbank dienaangaande (bewoordingen ontleend aan HR 30 september 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT6373). Het

onderzoek geschiedt met inachtneming van alle feiten en omstandigheden, ook die bij de uitspraak in vroegere instantie niet bekend waren of welke eerst daarna zijn opgekomen. Het gaat om een toetsing “ex nunc”.

Uit het in hoger beroep geldende verbod van “reformatio in peius” - het beginsel dat een appellant niet slechter kan worden van zijn eigen hoger beroep - vloeit verder voort dat de omvang van het hoger beroep per definitie is beperkt tot de voor de appellant nadelige beslissingen. Daarbij gaat het om beslissingen “onder de streep”, dus beslissingen in het dictum van de uitspraak waarin op (het petitum van) het verzoek of de voordracht (of eventueel ambtshalve, zie art. 350 lid 1 laatste volzin Fw) wordt beslist. Bij hoger beroep tegen voor de appellant voordelige beslissingen zou hij ook belang missen.

Een dergelijke beperking van de omvang van het hoger beroep zal zich in schuldsaneringszaken niet zo vaak voordoen, omdat de bestreden uitspraak zich doorgaans beperkt tot één beslissing, namelijk afwijzing van het verzoek of (tussentijdse) beëindiging van de regeling (al dan niet onder verlening van de schone lei), maar uitgesloten is het zeker niet. Zo is voorstelbaar dat de eerste rechter een voordracht tot tussentijdse beëindiging niet heeft gevolgd maar in plaats daarvan de duur van de regeling heeft verlengd. Indien tegen de verlenging in hoger beroep wordt opgekomen, staat het de appelrechter, ondanks dat de zaak in beginsel in volle omvang aan hem wordt voorgelegd, niet vrij om alsnog de regeling onmiddellijk te beëindigen. Daarmee zou de saniet immers door zijn hoger beroep in een slechtere positie geraken. Een (zeldzaam) voorbeeld uit de rechtspraak van de Hoge Raad (HR 31 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9099) betreft het volgende geval. De rechtbank heeft geoordeeld dat de saniet de uit de schuldsaneringsregeling

voortvloeiende verplichtingen niet is nagekomen maar heeft, teneinde te voorkomen dat de saniet van rechtswege in staat van faillissement zou komen te verkeren, toch niet de voordracht van de rechter-commissaris tot tussentijdse beëindiging van de toepassing van de schuldsaneringsregeling toegewezen. In plaats daarvan heeft de rechtbank de termijn gedurende welke de schuldsaneringsregeling van kracht is bepaald op een tijdvak dat eindigde op de dag van de uitspraak, en daarbij vastgesteld dat verzoeker in de nakoming van een of meer uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen is tekortgeschoten (en daarmee hem dus de schone lei onthouden). Als de saniet dan in hoger beroep komt en grieven richt tegen het oordeel van de rechtbank dat hij in zijn verplichtingen is tekortgeschoten, mag het hof niet het vonnis van de rechtbank vernietigen op de grond dat de rechtbank de voordracht van de rechter-commissaris tot tussentijdse beëindiging had moeten honoreren, hoe juist dat oordeel van het hof op zichzelf mogelijk ook is. Tegen dat voor de appellant voordelige onderdeel van (het dictum van) het vonnis van de rechtbank is het hoger beroep immers niet gericht; dat onderdeel valt buiten de omvang van het hoger beroep en daarover mag het hof niet oordelen.

Kortom, de zaak wordt in beginsel in volle omvang aan de appelrechter voorgelegd, behoudens voor de appellant voordelige beslissingen en behoudens uitdrukkelijk door de appellant aangebrachte beperkingen ten aanzien van de omvang van het hoger beroep. Buiten de omvang van het hoger beroep is de rechter niet bevoegd om te beslissen; dat ligt - volledig - buiten zijn beoordelingsbereik.

3. Terugwijzingsverbod

Dat de zaak in beginsel in volle omvang op de appelrechter wordt afgewenteld, brengt ook met zich dat de appelrechter de zaak zelf

ten gronde moet afdoen. Hij mag de zaak niet terugwijzen naar de eerste rechter. De Hoge Raad houdt aan dit terugwijzingsverbod streng de hand. Alleen in zaken waarin de eerste rechter zich ten onrechte onbevoegd heeft verklaard of waarin ten onrechte ontslag van instantie is verleend (en waarin - aldus de Hoge Raad - de rechter dus op louter processuele gronden niet aan een inhoudelijke beoordeling van de zaak tussen de betrokken partijen is toegekomen), mag de appelrechter terugwijzen (HR 11 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0857).

Op 17 januari 2014 deed Hoge Raad uitspraak in twee schuldsaneringszaken waarin de vraag speelde of het hof de zaak zelf inhoudelijk moest afdoen of dat het de zaak mocht terugwijzen naar de rechtbank voor een inhoudelijke behandeling (ECLI:NL:HR:2014:96 en 97). In het ene geval had de rechtbank een omzettingsverzoek ex art. 15b Fw afgewezen omdat de schuldenaar het verzoek niet tijdig had ingediend. In het andere geval had de rechtbank het verzoek van de schuldenaar om tot de wettelijke schuldsaneringsregeling te worden toegelaten niet-ontvankelijk verklaard omdat de schuldenaar inmiddels in staat van faillissement was verklaard en zijn verzoek niet kon worden aangemerkt als een omzettingsverzoek. In beide gevallen beoordeelde het hof de zaak inhoudelijk, terwijl toch verdedigbaar is dat de rechtbank in beide gevallen op louter processuele gronden niet tot een inhoudelijke behandeling van het omzettings- dan wel schuldsaneringsverzoek is gekomen. De daartegen gerichte klachten faalden evenwel. De Hoge Raad overweegt dat het hoger beroep was gericht tegen een einduitspraak en dat zich geen van de in het arrest van 11 december 2009 genoemde uitzonderingen voordeed. Het hof diende daarom de zaak aan zich te houden. Kennelijk moeten de uitzonderingen van 11 december 2009 dus beperkt worden opgevat

en zien die alleen op de vernietiging van een onbevoegdheidsverklaring zoals hiervoor benoemd en op een vernietiging van een ten onrechte door de eerste rechter verleend ontslag van instantie. Meer ruimte lijkt de Hoge Raad niet te willen geven om de zaak inhoudelijk in twee feitelijke instanties te laten beslissen. In alle andere gevallen, ook al is er sprake van dat de eerste rechter op formele gronden niet aan een inhoudelijke behandeling is toegekomen, is terugwijzing naar de eerste rechter niet aan de orde.

4. Het door de grieven ontsloten gebied

De “omvang van het hoger beroep” moet worden onderscheiden van het “door de grieven ontsloten gebied”. Dit heeft te maken met het in hoger beroep geldende grievenstelsel. Het grievenstelsel wordt in de verzoekschrift-procedure ook wel “grondenstelsel” genoemd, naar aanleiding van art. 278 Rv, waarin is bepaald dat in het beroepschrift de gronden van het hoger beroep moeten worden aangevoerd (zie hierna onder 5).

Het grievenstelsel houdt in dat de rechter in hoger beroep in beginsel alleen heeft te oordelen over behoorlijk in het geding naar voren gebrachte grieven (“gronden”) tegen de beslissing van de eerste rechter. Een grief is iedere grond die de appellant aanvoert om te betogen dat de bestreden uitspraak moet worden vernietigd. Een grief hoeft dus niet betrekking te hebben op een bezwaar tegen een beslissing van de rechter in eerste aanleg, maar kan ook een nieuw verzoek, een nieuwe stelling of een nieuw verweer betreffen. Zo moet een voor het eerst in hoger beroep gedaan beroep op de hardheidsclausule van art. 288 lid 3 Fw worden aangemerkt als een grief, ook al heeft de eerste rechter daarover nog niets gezegd en ook niet hoeven zeggen. En dat geldt bijvoorbeeld ook voor het verweer dat een boedelachterstand, op grond waarvan

aan een saniet in eerste aanleg de schone lei is onthouden, inmiddels is ingelopen.

De eis van het aanvoeren van grieven brengt met zich dat de beoordelingsruimte van de appelrechter binnen de omvang van het hoger beroep verder wordt beperkt tot het gebied dat door de grieven wordt ontsloten. Slechts voor zover (eind)beslissingen van de rechter in eerste aanleg die ten nadele van de appellant strekken met grieven worden bestreden, kan de appelrechter die beslissingen opnieuw beoordelen. Aan beslissingen van de rechter in eerste aanleg in het nadeel van de appellant die niet worden aangevallen met behoorlijk naar voren gebrachte grieven, is de appelrechter gebonden. In zoverre vormen de grieven een nadere omlijning van de beoordelingsruimte van de rechter in hoger beroep tot het door de grieven ontsloten gebied. Dit wordt de negatieve zijde van de devolutieve werking van het appel genoemd.

De omstandigheid dat een oordeel door de rechtbank “ten overvloede” is gegeven, neemt niet weg dat het hof ook aan dat oordeel gebonden is indien het oordeel de voor de appellant nadelige beslissing zelfstandig kan dragen. Niet de aanduiding “ten overvloede” is beslissend, maar hoe de overweging, naar haar inhoud genomen, zich verhoudt tot de beslissing in het dictum. Als sprake is van een het dictum subsidiair dragende overweging zal de appellant, wil het hoger beroep kans van slagen hebben, ook tegen deze overwegingen grieven moeten richten omdat de appelrechter anders aan dat oordeel gebonden is en een beoordeling van de primair dragende overwegingen niet tot een vernietiging zal kunnen leiden. Stel (voorbeeld ontleend aan HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ0713) dat de rechtbank aan een saniet de schone lei heeft verleend en daarbij heeft geoordeeld dat - anders dan de bewindvoerder had gesteld - niet is komen vast te staan dat de saniet tijdens

de schuldsaneringsregeling inkomsten heeft genoten uit de verzorging van nagels van drie personen terwijl zij die inkomsten niet heeft opgegeven. En stel dat de rechtbank daarbij “ten overvloede” heeft overwogen dat, voor zover al zou komen vast te staan dat de saniet inkomsten uit de verzorging van nagels van drie personen niet heeft opgegeven, dit handelen van onvoldoende gewicht is om tot de conclusie te komen dat aan haar de schone lei dient te worden onthouden. Dan zal de schuldeiser die tegen deze beslissing in beroep komt, niet kunnen volstaan met een grief tegen het oordeel dat niet is komen vast dat er sprake is geweest van niet-opgegeven inkomsten. Zelfs als die grief zou slagen, zou het hof nog wel gebonden zijn aan het subsidiair dragende (“ten overvloede” gegeven) oordeel dat dit handelen van onvoldoende gewicht is om de schone lei te onthouden. Ook daartegen zal dan dus een voldoende duidelijke grief moeten worden gericht.

5. Gronden in het beroepschrift

Anders dan in dagvaardingsprocedures, moeten in verzoekschriftprocedures de grieven (“gronden”) al direct bij het instellen van het hoger beroep worden aangevoerd. In art. 278 Rv is bepaald dat de gronden van het hoger beroep worden aangevoerd in het beroepschrift; uit het beroepschrift moet blijken op welke gronden de appellant meent dat de door hem bestreden beslissing onjuist is. Het ontbreken van gronden in het beroepschrift zal in beginsel leiden tot niet-ontvankelijkheid. Deze regels gelden in beginsel ook in procedures op grond van de Faillissementswet, en dus ook in schuldsaneringszaken.

Het kan voorkomen dat door het te laat ontvangen van de uitspraak de termijn die voor instelling van een rechtsmiddel geldt, dreigt te verlopen. In dat geval kan binnen de voorgeschreven termijn desnoods zonder opgave

van gronden het desbetreffende rechtsmiddel worden ingesteld (“blanco beroep”). Als in het beroepschrift een voorbehoud is gemaakt tot aanvulling van de gronden in verband met het niet tijdig kunnen beschikken over een essentieel processtuk, kan een uitzondering worden gemaakt op het voorschrift dat het beroepschrift de gronden bevat waarop het berust. De gronden kunnen dan naderhand in een aanvullend beroepschrift worden aangevoerd. Dat geldt ook indien een ander essentieel processtuk ontbreekt, zoals het proces-verbaal van de zitting. Volgens vaste jurisprudentie dient zo’n aanvullend beroepschrift met bekwame spoed te worden ingediend, waarbij een termijn geldt van veertien dagen - of een zoveel kortere termijn als overeenstemt met de wettelijke beroepstermijn - na de dag van verstrekking of verzending. Waar in schuldsaneringszaken gedurende acht dagen hoger beroep kan worden ingesteld, geldt deze termijn ook voor indiening van een aanvullend beroepschrift.

Voorgaande regels gelden niet onverkort in alle insolventieprocedures. Ten aanzien van hoger beroep tegen beschikkingen van de rechter-commissaris zoals bedoeld in art. 67 Fw heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het, gelet op de zeer korte beroepstermijn (vijf dagen), niet te rijmen is om bij een zodanig beroep vast te houden aan de hoofdregel dat het beroepschrift de gronden moet bevatten waarop die berust. Zo die gronden al niet voor de appelrechter uit de enkele aard van het oorspronkelijke verzoek in verband met de beschikking zelf voldoende duidelijk zijn, zullen zij, mits met bekwame spoed, in een aanvullend beroepschrift naar voren kunnen worden gebracht. Maar deze uitzondering is (nog?) niet aanvaard in schuldsaneringszaken. Weliswaar is ook daar sprake van een korte beroepstermijn (acht dagen, dus wel een paar dagen langer dan de termijn van art. 67 Fw), maar van het vereiste dat het beroepschrift in hoger beroep (de) beroepsgronden dient

te bevatten, wordt in beginsel niet afgeweken (zie bijvoorbeeld HR 18 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0672).

6. De in beginsel strakke regel

Voor het aanvoeren van gronden (grievens) geldt dus de regel dat deze in het hoger beroep inleidende verzoekschrift moeten zijn opgenomen. Op nadien aangevoerde grieven mag de appelrechter in beginsel geen acht slaan. De Hoge Raad houdt aan deze regel strak de hand en de regel wordt daarom ook wel de “in beginsel strakke regel” (of, in contradictoire procedures: de “twee-conclusie-regel”) genoemd. Met deze regel wordt beoogd dat in de appelprocedure zo spoedig mogelijk duidelijkheid ontstaat over de gronden waarover in hoger beroep moet worden geoordeeld en dat door een concentratie van het debat tot een afdoening van het appel binnen een redelijke termijn wordt gekomen.

De Hoge Raad heeft aanvaard dat op de in beginsel strakke regel een uitzondering kan worden gemaakt indien de wederpartij ondubbelzinnig erin heeft toegestemd dat nog een nieuwe grief of nieuw verweer wordt gevoerd. Deze uitzondering vindt in veel schuldsaneringszaken geen toepassing omdat er helemaal geen sprake is van een processuele wederpartij. Wel is er bijvoorbeeld sprake van een processuele wederpartij als een bewindvoerder opkomt tegen een afwijzende beslissing op zijn verzoek tot tussentijdse beëindiging van de schuldsaneringsregeling (art. 351 lid 1 Fw, zie bijvoorbeeld HR 15 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7632) of als een schuldeiser in beroep komt tegen de verlening van de schone lei (art. 355 Fw, zie bijvoorbeeld HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2140).

Ook de aard van het geschil kan rechtvaardigen dat een uitzondering wordt

gemaakt op de regel dat de appelrechter geen acht mag slaan op grieven die eerst later, bijvoorbeeld ter gelegenheid van de mondelinge behandeling, worden voorgedragen. Het gaat dan om zaken waarin het – nog meer dan normaal – van belang is dat men ten tijde van het doen van uitspraak in appel beschikt over de juiste en volledige, actuele gegevens omdat, zo dit niet het geval blijkt, partijen om die reden naderhand wijziging van de beslissing kunnen vragen. De Hoge Raad heeft dat bijvoorbeeld in familiezaken aanvaard voor beslissingen aangaande een geschil over de uitkering tot levensonderhoud en over een omgangsregeling. Of deze uitzondering ook geldt als het gaat om de beoordeling in hoger beroep van een in eerste aanleg afgewezen schuldsaneringsverzoek, is nog geen uitgemaakte zaak. Pleitbaar is het wel. Ook in een dergelijk geval lijkt er geen redelijk doel mee gediend om een eerst ter gelegenheid van de mondelinge behandeling opgeworpen grief buiten beschouwing te laten. Bij bekrachtiging van de bestreden uitspraak, zonder dat de grief is behandeld, kan de verzoeker direct weer een nieuw verzoek indienen. En er is geen wederpartij die in haar processuele belangen kan zijn geschaad. Het ligt dan ook voor de hand om in hoger beroep op de juiste en meeste recente gegevens en gronden uitspraak te doen en om ook eerst ter gelegenheid van de mondelinge behandeling aangevoerde grieven in de beoordeling te betrekken. Bij beslissingen tot (tussentijdse) beëindiging van de schuldsaneringsregeling ligt dat subtieler. Dat betreft immers geen beslissing waarvan naderhand wijziging kan worden gevraagd. Bovendien kan in die procedures, zoals we reeds zagen, wel sprake zijn van een processuele wederpartij. In die gevallen lijkt het minder voor de hand te liggen om de door de Hoge Raad aanvaarde uitzondering vanwege de aard van de procedure toe te passen.

Verder kan in het algemeen het aanvoeren van een grief na het beroepschrift nog

toelaatbaar zijn indien daarmee aanpassing wordt beoogd aan eerst na het indienen van het beroepschrift voorgevallen of gebleken feiten en omstandigheden. Dit ligt in lijn met het oordeel van de Hoge Raad dat het hof bij een hernieuwde beoordeling van een faillissementsverzoek in hoger beroep rekening dient te houden met de meest recente gegevens en dat de aard van de procedure, waarin met spoed wordt beslist, meebrengt dat deze gegevens ook in een laat stadium mogen worden aangevoerd (HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:B3705 en HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1058). Bij schuldsaneringszaken ligt het niet wezenlijk anders.

7. De positieve zijde van de devolutieve werking

Als een grief slaagt, opent dit de deur naar de tweede fase van het hoger beroep. In die tweede fase moeten alle gronden (en, als het gaat om een contradictoir geding, eventuele verweren) worden beoordeeld waarop de grief weliswaar niet is gericht maar die door het slagen van de grief weer of alsnog relevant worden. Ook dit behoort dan tot het door de grieven ontsloten gebied. Dit vloeit voort uit de devolutieve werking van het hoger beroep en wordt ook wel de positieve zijde van de devolutieve werking van het hoger beroep genoemd.

De appelrechter moet, nadat hij een of meer grieven tegen overwegingen van de rechtbank gegrond heeft bevonden, binnen de omvang van het hoger beroep zelfstandig beoordelen of het verzochte voor toewijzing in aanmerking komt. Dat geldt zowel indien het verzoek in eerste aanleg op formele gronden is afgewezen (niet-ontvankelijk is verklaard) als wanneer op inhoudelijke gronden is geoordeeld dat het verzoek niet kan worden toegewezen. Daarbij mag het hof alle in de procedure gebleken feiten

en omstandigheden in zijn beschouwingen betrekken en heeft het de vrijheid om daar zijn eigen conclusies aan te verbinden, ook als die afwijken van ten voordele van de appellant gegeven oordelen van de rechtbank zonder dat dit tot een voor de appellant voordelig dictum heeft geleid. Met andere woorden: het hof zal opnieuw moeten beoordelen of zich gronden voordoen waardoor de bestreden beslissing, ook al slaagt een of meer van de grieven, toch in stand dient te blijven. Hiermee raken we aan de overweging van Timmerman waarmee ik deze bijdrage opende.

Stel dat de rechtbank een verzoek tot toelating tot de schuldsaneringsregeling heeft afgewezen omdat van een lange lijst aan schulden van vijf schulden (schuld A tot en met E) niet aannemelijk is gemaakt dat die te goeder trouw zijn ontstaan. De enige grief die de appellant aanvoert is dat de rechtbank ten aanzien van twee van die schulden (A en B) ten onrechte heeft geoordeeld dat die niet te goeder trouw zijn ontstaan. In dat geval is het hof ten aanzien van de schulden C tot en met E gebonden aan het - in het nadeel van de appellant gegeven - oordeel van de rechtbank dat die niet te goeder trouw zijn ontstaan. Indien de grieven ten aanzien van de schulden A en B niet slagen (ook het hof acht die schulden niet te goeder trouw), rest het hof niet anders dan de beslissing van de rechtbank te bekrachtigen. Indien de grieven ten aanzien van de schulden A en B wel slagen, zal het hof moeten beoordelen of de resterende schulden aan toelating in de weg staan. Daarbij is het hof nog steeds gebonden aan het oordeel dat de schulden C tot en met E niet te goeder trouw zijn ontstaan, want daartegen was niet gegriefd. Indien het hof meent dat deze - niet te goeder trouw ontstane - schulden C tot en met E op zichzelf voldoende grond opleveren om het verzoek af te wijzen, kan het op die grond de bestreden beslissing bekrachtigen. Maar het hof mag ook verder kijken dan de

schulden die de rechtbank in de motivering heeft genoemd. Met het slagen van de grieven, is immers de deur geopend naar de positieve zijde van de devolutieve werking. Dat betekent dat het hof ook andere, nog niet door de rechtbank beoordeelde schulden in de beoordeling mag betrekken bij de toets of zich wel de voor toelating vereiste situatie van art. 288 lid 1 Fw voordoet dat aannemelijk is dat de schulden te goeder trouw zijn ontstaan of onbetaald gelaten. Dat zal het hof, gelet op het imperatieve karakter van art. 288 lid 1 aanhef en onder b Fw, zelfs moeten doen als het oordeelt dat de schulden C tot en met E, hoewel niet te goeder trouw ontstaan, gegeven alle omstandigheden van het geval onvoldoende zijn om het verzoek af te wijzen. Ook mag het hof ten aanzien van door de rechtbank ten voordele van de appellante gegeven beslissingen dat bepaalde schulden wel te goeder trouw zijn ontstaan, een ander oordeel geven en op die grond de afwijzende beslissing van de rechtbank bekrachtigen. De gebondenheid van de appelrechter aan niet door grieven bestreden beslissingen betreft immers alleen ten nadele van de appellante gegeven beslissingen.

Is dat dan niet in strijd met het verbod van *reformatio in peius*? Op deze manier wordt toch afgeweken van voor de appellante voordelige beslissingen en dat mag toch niet? Nee, zo is het niet. Het verbod van *reformatio in peius* (en daarmee de beperking van de omvang van het hoger beroep) strekt zich alleen uit tot de uiteindelijke beslissing in het dictum, “onder de streep”. Zolang dat niet in het nadeel van de appellante verandert (en daarvan is geen sprake aangezien ook de rechtbank het verzoek al had afgewezen), prevaleert de devolutieve werking van het hoger beroep.

Overigens staat het de rechter in hoger beroep vrij om eventuele andere gronden die tot eenzelfde beslissing (kunnen) leiden als de beslissing die de eerste rechter heeft

gegeven, te behandelen voordat hij over de grieven beslist (zie HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9869). Dat kan praktisch zijn als er bijvoorbeeld andere, door de rechtbank niet of niet uitdrukkelijk beoordeelde schulden zijn die evident aan toewijzing van het verzoek in de weg staan. Beoordeling van de grieven is dan niet nodig omdat, zelfs als de grieven zouden slagen, dit niet tot een andere beslissing zou leiden. Hetzelfde geldt als zich meerdere afwijzingsgronden voordoen. Stel dat het hoger beroep zich richt tegen de beslissing van de rechtbank om het verzoek tot toelating tot de wettelijke schuldsaneringsregeling af te wijzen op grond van art. 288 lid 1 onder b Fw (kort gezegd: de goede trouw-toets). Dan mag het hof, veronderstellenderwijs uitgaande van het slagen van één of meer grieven tegen de aan die beslissing ten grondslag liggende oordelen van de rechtbank, zich eerst de vraag stellen of zich een of meer van de andere imperatieve afwijzingsgronden van art. 288 lid 1 en 2 Fw voordoet en, indien dat het geval is, de zaak daarop beslissen en het bestreden vonnis dus, op andere gronden, bekrachtigen zonder de grieven zelf te beoordelen (vergelijk HR 22 december 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AZ3952 onder 3.22 tot 3.29.2). Dat levert dan geen (ontoelaatbare) verrassingsbeslissing op omdat een partij op toepassing van dit aspect van de positieve zijde van de devolutieve werking bedacht moet zijn (HR 12 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1428).

Ditzelfde kan zich voordoen indien aan de op inhoudelijke gronden gebaseerde afwijzende beslissing formele gebreken kleven. Stel dat de rechtbank een verzoek tot toelating tot de wettelijke schuldsaneringsregeling inhoudelijk heeft getoetst en tot het oordeel is gekomen dat niet aannemelijk is geworden dat de schulden te goeder trouw zijn ontstaan. De rechtbank heeft evenwel over het hoofd gezien dat het verzoekschrift niet voldeed aan de eisen die de wet daaraan stelt, bijvoorbeeld

omdat bij het verzoekschrift geen verklaring was gevoegd zoals bedoeld in art. 285 lid 1 sub f Fw. Begrijpelijk(er)wijs zullen de grieven in hoger beroep zich dan alleen richten tegen het oordeel van de rechtbank dat niet aannemelijk is geworden dat de schulden te goeder trouw zijn ontstaan. Deze grieven behoeft het hof dan niet te behandelen omdat het, zij het op andere gronden dan de rechtbank, zal kunnen oordelen dat het verzoek niet kan worden toegewezen. Wegens het ontbreken van de verklaring ex artikel 285 lid 1 sub f Fw dient het verzoek alsnog niet-ontvankelijk te worden verklaard (vergelijk HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:589). Daar kan de beoordeling van de grieven niets aan veranderen. Ook in een geval als dit is er geen strijd met het verbod van reformatie in peius. In materieel opzicht wordt de appellant namelijk niet slechter van zijn hoger beroep: het verzoek is en blijft afgewezen. Dat het dictum tot niet-ontvankelijkheid strekt in plaats van tot een afwijzing op inhoudelijke gronden, maakt dat niet anders.

Het spiegelbeeldige is overigens evenzeer denkbaar. Indien de rechtbank de appellant niet-ontvankelijk heeft verklaard en het hof de tegen die beslissing gerichte grieven gegrond acht, zal het hof de zaak zelf inhoudelijk moeten beoordelen (terugwijzen mag niet, zie hiervoor). Dat kan ertoe leiden dat het verzoek alsnog op inhoudelijke gronden wordt afgewezen. In het verlengde hiervan kan het hof ook besluiten eerst te onderzoeken of zich een verplichte afwijzingsgrond voordoet, zonder eerst de grieven tegen aan de beslissing tot niet-ontvankelijkheid ten grondslag liggende oordelen te behandelen. Daarmee blijft de preliminaire vraag naar de oorspronkelijke ontvankelijkheid onbeantwoord en krijgt de aanvrager toch een inhoudelijke beoordeling van zijn verzoek. Voor processualisten is dat wellicht weinig fraai, maar in sommige gevallen is het meer bevredigend om de zaak

toch op inhoudelijke gronden te beslissen en het kan zinloze cassaties tegen niet-ontvankelijkheidsbeslissingen voorkomen. Met het oog daarop komt het ook vaak voor dat de appelrechter de zaak weliswaar op formele gronden beslist, maar “ten overvloede” oordeelt dat het hoger beroep ook op inhoudelijke gronden niet kan slagen.

Gelet op deze positieve zijde van de devolutieve werking van het hoger beroep doet een appellant (althans diens advocaat) er wijs aan zich niet alleen te focussen op de voor de appellant onwelgevallige overwegingen van de rechtbank in de bestreden beslissing. Er kunnen nog vele andere redenen zijn om het verzoek tot toelating af te wijzen, om de regeling tussentijds te beëindigen of om geen schone lei te verlenen. Een verstandige advocaat staart zich niet blind op de overwegingen van de eerste rechter, maar bekijkt de gehele zaak en beoordeelt dan wat de kans is dat de beslissing onder de streep in hoger beroep anders uitvalt.

8. Ambtshalve toetsen aan openbare orde

Deze bijdrage zou niet compleet zijn indien ik naast het voormelde toetsingskader van de appelrechter niet ook zou vermelden dat de appelrechter gehouden is om ambtshalve te toetsen aan regels van openbare orde. Voor bepalingen van openbare orde geldt dus een uitzondering op het grievenstelsel: de appelrechter kan zich niet aan de toetsing aan bepalingen van openbare orde onthouden op de enkele grond dat geen grieven zijn aangevoerd. Dit laat onverlet dat de appelrechter onbevoegd blijft om buiten de omvang van het hoger beroep te oordelen; eventuele strijdigheid met regels van openbare orde brengt daarin geen verandering. Alleen binnen de omvang van het hoger beroep dient de appelrechter ook buiten het door de grieven ontsloten gebied te toetsen aan bepalingen van openbare orde.

Bij bepalingen van openbare orde gaat het om regels van uiterst fundamenteel dwingend recht. Het moet zo dwingend zijn dat zelfs als partijen er geen beroep op doen, de rechter gehouden is om aan de regels toepassing te geven. Daarvan is niet snel sprake. Sommige processuele regels, zoals die ten aanzien van bevoegdheid van de rechter, rechtsmiddelentermijnen en appellabiliteit, zijn bijvoorbeeld van openbare orde. Die moet de appelrechter dus ambtshalve toepassen.

De beoordeling of aan de voorwaarden voor een verzoek ex artikel 15b Fw tot omzetting van een faillissement in de wettelijke schuldsaneringsregeling is voldaan, is wel als (gelijk aan) een kwestie van openbare orde aangemerkt (zie conclusie A-G Wuisman, ECLI:NL:PHR:2011:BP4683). Dat is vervolgens als argument gebruikt om tot de conclusie te komen dat de appelrechter ambtshalve, zonder dat daarover een grief is aangevoerd, aan deze bepaling moet toetsen. Dat lijkt me een onnodige omweg om bij deze op zichzelf juiste conclusie uit te komen. Ik zal uitleggen wat ik bedoel.

Het spreekt vanzelf dat de eerste rechter bij de beoordeling van een omzettingsverzoek, waarbij alleen de schuldenaar partij is, moet toetsen of aan de voorwaarden van art. 15b Fw is voldaan. Zoals Wuisman in voornoemde conclusie terecht opmerkt: de beslissing op een dergelijk verzoek gaat ook derden aan (met name de schuldeisers en in het bijzonder de oorspronkelijk aanvrager van het faillissement), terwijl deze derden niet bij de behandeling van het omzettingsverzoek worden betrokken. Hun belangen vinden bescherming in de voorwaarden van art. 15b Fw en daaraan zal de rechter, in het belang van derden die het aangaat, uiteraard moeten toetsen; anders zou de bepaling zinledig zijn. Als de rechtbank evenwel niet, althans niet uitdrukkelijk, toetst aan de voorwaarden van art. 15b lid 1 Fw

maar het omzettingsverzoek op inhoudelijke gronden afwijst, en de verzoeker komt daartegen in hoger beroep met grieven die zich (uiteraard, zou ik zeggen) uitsluitend tegen de inhoudelijke beoordeling richten, dan ligt het verzoek weer volledig ter toetsing aan het hof voor. Ook de vraag of aan de (formele) voorwaarden van art. 15b Fw lid 1 is voldaan, ligt dan binnen de omvang van het hoger beroep en binnen het door de grieven ontsloten gebied. Het verzuim van de rechtbank om aan de voorwaarden van art. 15b lid 1 Fw te toetsen, is een beslissing in het voordeel van de appellant (hij is - impliciet - ontvankelijk verklaard) maar het heeft uiteindelijk niet tot een voor de appellant voordelige beslissing op zijn verzoek geleid; dat verzoek is immers afgewezen. Onder die omstandigheden dient het hof - net als de eerste rechter - op grond van de positieve zijde van de devolutieve werking, alsnog aan de voorwaarden van art. 15b lid 1 Fw te toetsen. Indien dat tot de conclusie leidt dat niet aan die voorwaarden is voldaan, zal het hof het verzoek op die grond alsnog niet-ontvankelijk kunnen verklaren of kunnen afwijzen (het dictum "afwijzen" omvat ook een niet-ontvankelijkverklaring). Van strijd met het beginsel van non reformatio in peius, zo zagen we al eerder, is dan geen sprake omdat de appellant van deze beslissing materieel niet slechter wordt. Om hier uit te komen, hebben we de "openbare orde-toets" dus helemaal niet nodig.

9. Tot slot

In het voorgaande heb ik geprobeerd in hoofdlijnen het procesrechtelijke toetsingskader te schetsen dat geldt in hoger beroep in schuldsaneringszaken. Dat kader is niet wezenlijk anders dan in andere verzoekschriftprocedures. De devolutieve werking van het hoger beroep - zowel de negatieve als de positieve zijde daarvan - bepaalt ook in schuldsaneringszaken de beoordelingsruimte

van de appelrechter. Het komt er kort gezegd op neer dat de appelrechter in beginsel hetzelfde toetsingskader heeft als de eerste rechter. De hele zaak wordt, binnen de omvang van het hoger beroep, ter beslissing op hem afgewenteld. Binnen die omvang wordt zijn beoordelingsruimte verder beperkt tot het door de grieven ontsloten gebied. Aan de voor de appellant nadelige beslissingen waartegen geen grieven zijn gericht, is de appelrechter gebonden. Tot het door de grieven ontsloten gebied behoren ook de door de eerste rechter niet of voor de appellant positief beoordeelde gronden die, bij een voor de appellant negatieve beoordeling door de appelrechter, tot (materieel) dezelfde beslissing zullen leiden. De uiteindelijke beslissing in hoger beroep mag voor de appellant evenwel niet (materieel) slechter uitvallen.

Ik keer terug naar de conclusie van Timmerman. Wat te denken van het cassatiemiddel dat erover klaagt dat het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden door een eigen oordeel te geven over de overige schulden van verzoeker, terwijl verzoeker in zijn beroepschrift alleen gegriefd

heeft tegen het oordeel van de rechtbank over de schuld aan de curator? Mijns inziens is dat middel gedoemd te mislukken. Ook al stelt het middel terecht dat het oordeel van het hof over de overige schulden afwijkt van het oordeel van de rechtbank zonder dat tegen dit oordeel van de rechtbank is gegriefd, dan wil dat nog niet zeggen dat het hof daarmee “buiten de grenzen van de rechtsstrijd” treedt. Op grond van de devolutieve werking van het hoger beroep was het hof immers gehouden om het inleidend verzoek tot toelating tot de schuldsaneringsregeling (opnieuw) te beoordelen. Daarbij was het hof niet gebonden aan het voor de appellant positieve oordeel van de rechtbank over bepaalde schulden (of het ontbreken van een oordeel daarover), zolang het oordeel in hoger beroep het hof niet tot een nadeliger dictum bracht. En daarvan was geen sprake. Het was een beoordeling binnen de omvang van het hoger beroep en binnen het door de grieven ontsloten gebied. Niets mis mee dus.

** Mr. drs. F.J.P. Lock is senior-raadsheer in het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.*

11 - Buitengerechtelijke schuldregeling in geval van verzoek omzetting op grond van artikel 15b Fw?

*Matthieu Verhoeven, Christiane Koppelman**

1. Inleiding

Recent heeft de Hoge Raad prejudiciële vragen beantwoord over de vraag of er bij een verzoek tot omzetting van een faillissement naar een wettelijke schuldsanering eerst een buitengerechtelijke schuldenregeling moet worden geprobeerd (HR 13 maart

2015, ECLI:NL:HR:2015:589). In het onderstaande artikel worden de antwoorden op die prejudiciële vragen en de praktische consequenties besproken.

2. Artikelen 15b en 285 Fw

Artikel 15b Fw biedt de mogelijkheid aan een natuurlijke persoon die in staat van faillissement verkeert (totdat de verificatievergadering is gehouden) een verzoek tot opheffing van zijn faillissement onder gelijktijdige toepassing van de schuldsaneringsregeling te doen. De rechtbank mag een dergelijk verzoek slechts honoreren, indien de failliet op eigen aangifte