

Grondslag en maatstaf voor aansprakelijkheid bij vernietiging faillissementsvonnis

Hoge Raad
11 december 2020, nr. 19/03248,
ECLI:NL:HR:2020:2004
(mr. De Groot, mr. Polak, mr. Snijders, mr.
Kroeze, mr. Ter Heide)
(Concl. A-G Langemeijer)
Noot mr. dr. G.J.P. Molkenboer

Vernietiging faillissementsvonnis. Aansprakelijkheid aanvrager. Grondslag en beoordelingskader.

[Fw art. 1; BW art. 3:13, 6:162]

Het geval dat een aanvrager een faillissement uitlokt dat op een rechtsmiddel wordt vernietigd, kan niet op een lijn worden gesteld met het geval dat een conservatoir beslag wordt gelegd dat niet wordt gevolgd door de toewijzing van de vordering waarvoor het beslag is gelegd, of met het geval dat een uitspraak ten uitvoer wordt gelegd die naderhand op een rechtsmiddel wordt vernietigd. In die laatste gevallen is de beslaglegger of de executant aansprakelijk uit onrechtmatige daad jegens degene op wie het beslag of de executie inbreuk heeft gemaakt. Het uitspreken van het faillissement betreft immers geen rechtsuitoefening door de aanvrager, maar een beslissing van de rechter, ten behoeve van allen die bij het vermogen van de schuldenaar belang hebben, die hij geeft in het geval dat hem blijkt dat de schuldenaar heeft opgehouden te betalen. De aanvrager van een faillissement is alleen aansprakelijk voor een faillissement dat op een rechtsmiddel wordt vernietigd, indien hij wist of behoorde te weten dat geen grond bestond voor het uitspreken daarvan dan wel hij anderszins met de aanvraag misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt.

HSK B.V. te Hardenberg,
eiseres tot cassatie,
verweerster in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep,
hierna: HSK,

advocaat: D. Rijpma,
tegen
1. [verweerster 1] B.V. te [vestigingsplaats],
2. [verweerster 2] te [woonplaats],
verweerders in cassatie,
eisers in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep,
hierna gezamenlijk: [verweerders],
advocaat: J.P. Heering.

Conclusie Advocaat-Generaal (mr. Langemeijer)

In deze zaak staat de vraag centraal of een vennootschap die het faillissement van een schuldenaar heeft aangevraagd en haar advocaat onrechtmatig jegens deze schuldenaar hebben gehandeld en om die reden tot schadevergoeding verplicht zijn.

1. Feiten en procesverloop

1.1. Dit geschil heeft een lange voorgeschiedenis. In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten die het hof in het bestreden arrest van 9 april 2019 heeft vermeld onder 2.1.1 - 2.17.¹ Deze feiten houden, enigszins verkort weergegeven, het volgende in.²

(i) Eiseres tot cassatie (hierna: HSK) exploiteert een keten van kledingwinkels.

(ii) Verweerster in cassatie onder 1 ([verweerster 1]) heeft in 2013 bouwproducten aan HSK geleverd en daarvoor een bedrag van € 5.900,93 in rekening gebracht aan HSK. De rekening bleef ondanks sommatie onbetaald. Verweerder in cassatie onder 2 is de advocaat van [verweerster 1].

(iii) Bij brief van 8 juli 2014 heeft de advocaat namens [verweerster 1] aan HSK een concept-verzoekschrift tot faillietverklaring toegestuurd, met de mededeling dat bij uitblijven van betaling het verzoekschrift bij de rechtbank zou worden ingediend.

(iv) Met een deurwaardersexploot van 22 juli 2014 heeft de advocaat namens [verweerster 1] HSK laten oproepen tegen de zitting van 2 sep-

1 De nummering in het arrest verspringt van 2.1.11 naar 2.15 en 2.17.

2 In zijn feitenweergave heeft het hof de voorafgaande rechterlijke beslissingen geparafraseerd weergegeven. In mijn conclusie heb ik voor het gemak van de lezer de relevante overwegingen integraal opgenomen en, waar nodig, vindplaatsen toegevoegd.

tember 2014 te 10.00 uur van de rechtbank Noord-Nederland (locatie Leeuwarden), ten einde te worden gehoord op het verzoekschrift tot faillietverklaring.

(v) Het verzoekschrift tot faillietverklaring is pas daarna, op 20 augustus 2014, bij de rechtbank ingediend.

(vi) HSK is ter zitting van 2 september 2014 niet verschenen. Zij is diezelfde dag door de rechtbank in staat van faillissement verklaard.

(vii) Op 3 september 2014 is HSK bij de rechtbank in verzet gekomen tegen het faillissementsvonnis. De mondelinge behandeling van het verzetschrift heeft plaatsgevonden op 9 september 2014. Eén dag eerder heeft de aandeelhouder van HSK “onder protest” een bedrag van € 7.908,35 aan de advocaat betaald, in mindering op de vordering van [verweerder 1].

(viii) Bij vonnis van 11 september 2014 heeft de rechtbank het verzet van HSK ongegrond verklaard.

(ix) HSK heeft tegen het vonnis op verzet hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Bij arrest van 9 oktober 2014 (ECLI:NL:GHARL:2014:7804) heeft dat hof het vonnis van 11 september 2014 bekrachtigd. Het hof heeft onder meer het volgende overwogen:

“3.8 De vraag of de schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen dient te worden beoordeeld aan de hand van gegevens die thans gelden. Er vindt derhalve een toetsing *ex nunc* plaats. Als het faillissement echter bevoegdelyk is uitgesproken, kan het niet in hoger beroep worden vernietigd op de grond dat de vordering van de aanvrager inmiddels is voldaan. Wanneer immers de staat van faillissement is ingetreden, bepaalt deze ook de rechtspositie van de andere schuldeisers en behoort de mogelijkheid van vernietiging niet meer afhankelijk te zijn van de schuldeiser die het faillissement heeft aangevraagd (vgl. HR 10 november 2006, NJ 2006, 610). Aangezien [de advocaat] HSK op een juiste wijze heeft opgeroepen en HSK de schuld aan [verweerder 1] pas heeft voldaan nadat HSK bij vonnis van 2 september 2014 failliet is verklaard, kan niet gesteld worden dat dit vonnis op die grond moet worden vernietigd. Het voorgaande leidt tot het oordeel dat [verweerder 1] het faillissement van HSK terecht en bevoegdelyk heeft uitgelokt.”

(x) Tegen het arrest van 9 oktober 2014 heeft HSK beroep in cassatie ingesteld. De tegen de (zo-even geciteerde) overweging 3.8 gerichte klacht hield

in dat, in een geval als dit, de vraag of het vorderingsrecht van de aanvrager van het faillissement (nog) bestaat niet *ex nunc* had moeten worden beoordeeld, maar naar het tijdstip van de uitspraak op het verzet dat door de schuldenaar is ingesteld tegen het vonnis waarbij bij verstek het faillissement is uitgesproken. In zijn arrest van 5 juni 2015³ heeft de Hoge Raad deze klacht gegrond geacht. De Hoge Raad overwoog onder meer:

“3.3.2 In rov. 3.8 heeft het hof terecht vooropgesteld dat de vraag of de schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen, dient te worden beoordeeld aan de hand van gegevens die gelden ten tijde van de door de rechter te geven beslissing, en dat derhalve een toetsing ‘*ex nunc*’ plaatsvindt. Uitgangspunt in een geding tot faillietverklaring is immers dat de rechter zijn beslissing baseert op de toestand ten tijde van zijn uitspraak (vgl. HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1058, NJ 2013/275, en HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:98, NJ 2014/61). Ook de vraag of is voldaan aan het vereiste dat de aanvrager van het faillissement een vordering op de schuldenaar heeft, dient de rechter te beantwoorden aan de hand van de toestand ten tijde van zijn uitspraak.

Vorenstaand uitgangspunt geldt zowel voor de rechter die in eerste aanleg oordeelt over een aangifte of een verzoek tot faillietverklaring (art. 2-7 Fw) als voor de rechter die daarover oordeelt na aanwending van het rechtsmiddel van verzet (art. 8 lid 2 en art. 10 Fw) dan wel hoger beroep (art. 8 leden 1 en 3, art. 9 en art. 11 Fw).

3.3.3 Op het hiervoor in 3.3.2 weergegeven uitgangspunt is in HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY6204, NJ 2006/610, een nuancering aanvaard. Indien op een daartoe strekkende aanvraag een faillissement is uitgesproken, bepaalt de daarmee ingetreden toestand van faillissement de rechtspositie van alle schuldeisers. Daarbij past dat de appelrechter niet reeds gehouden is het vonnis van faillietverklaring te vernietigen op de enkele grond dat de schuldenaar stelt, en de aanvrager niet weerspreekt of zelfs erkent, dat het aan de rechter in eerste aanleg summierlijk gebleken vorderingsrecht van de

3 HR 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1473, NJ 2015/320 m.nt. F.M.J. Verstijlen, JOR 2015/311 m.nt. J.O. Bijloo, JIN 2015/129 m.nt. F. el Houzi en P.J. Peters.

aanvrager niet bestaat. Ook in zo'n geval mag de appelrechter dus zelfstandig beoordelen of summiërljk blijkt van het vorderingsrecht van de aanvrager.

Opmerking verdient dat de appelrechter ook in het hier bedoelde geval, op grond van het hiervoor in 3.3.2 weergegeven uitgangspunt, zijn beslissing voor het overige dient te baseren op de toestand ten tijde van zijn uitspraak.

3.3.4 Anders dan het hof in rov. 3.8 kennelijk tot uitgangspunt heeft genomen, is de hiervoor in 3.3.3 bedoelde nuancering beperkt tot het geval dat de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard nadat hij op de aanvraag tot faillietverklaring is gehoord, en hij vervolgens daartegen op de voet van art. 8 lid 1 Fw (tijdig) hoger beroep instelt. Die nuancering is echter niet op haar plaats in het geval dat de schuldenaar niet op de aanvraag is gehoord voordat hij in staat van faillissement is verklaard, en hij vervolgens daartegen op de voet van art. 8 lid 2 Fw (tijdig) verzet doet. Het rechtsmiddel van verzet heeft de strekking dat het geding waarin verstek was verleend, op tegenspraak in dezelfde instantie wordt voortgezet. Het biedt de gedaagde die niet was verschenen en daardoor zijn belangen bij de rechter niet kon verdedigen, daartoe alsnog de gelegenheid, hetgeen strookt met het beginsel van hoor en wederhoor (vgl. HR 23 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1902, NJ 1993/559). Met die strekking van het rechtsmiddel van verzet en met de ingrijpende gevolgen die een faillietverklaring heeft, verdraagt zich niet dat de schuldenaar die zich tegen de bij verstek uitgesproken faillietverklaring wenst te verzetten, bijvoorbeeld met de stelling dat de vordering van de aanvrager niet of niet langer bestaat – welke stelling, indien juist, die aanvrager de bevoegdheid ontnemt het faillissement uit te lokken – bij dat verweer geen baat meer kan hebben.

3.3.5 Op grond van het vorenstaande (...) slaagt de klacht (...) die ertoe strekt dat het hof had dienen te onderzoeken of de vordering van [verweester 1] nog bestond ten tijde van de uitspraak van de rechtbank op het verzet.”

(xi) De Hoge Raad overwoog *ten overvloede*, naar aanleiding van het middelonderdeel dat zich keerde tegen de vaststelling dat HSK behoorlijk was opgeroepen voor de zitting van de rechtbank van 2 september 2014, als volgt:

“3.4.2 Uit de door het hof vastgestelde gang van zaken blijkt dat de advocaat van [verweester 1],

na HSK bij brief van 8 juli 2004 een conceptverzoekschrift te hebben toegezonden met de mededeling dat dit, bij uitblijven van betaling, bij de rechtbank zou worden ingediend, HSK bij exploit van 22 juli 2014 heeft doen oproepen tegen de zitting van 2 september 2014 te 10.00 uur om alsdan te worden gehoord op het verzoekschrift tot faillietverklaring. HSK heeft in hoger beroep, onweersproken, aangevoerd dat bij het oproepingsexploot bedoeld conceptverzoekschrift aan HSK is betekend en dat in het exploit naar dat stuk werd verwezen met de woorden:

“een verzoekschrift waarmee requirant(e) zich heeft gewend tot de rechtbank Noord-Nederland” Eveneens staat vast dat het verzoekschrift eerst op 20 augustus 2014 ter griffie is ingekomen.

3.4.3 Indien [verweester 1] voorafgaand aan het uitbrengen van het exploit van de zijde van de rechtbank reeds was meegedeeld tegen welke datum, welk tijdstip en op welke wijze HSK diende te worden opgeroepen – hetgeen het hof (in rov. 3.6), afleidt uit de enkele omstandigheid dat die gegevens overeenstemmen met het moment waarop de behandeling daadwerkelijk heeft plaatsgevonden – heeft de rechtbank derhalve die mededeling gedaan voordat het verzoekschrift was ingediend. Dat staat op gespannen voet met art. 1.1.4.3 van het Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken (Stcrt. 2009, nr. 53) (...) dat is opgenomen in de afdeling (1.1.4) getiteld ‘Behandeling van het verzoek’, hetgeen impliceert dat sprake is van een verzoek en – gelet op art. 5 lid 1 Fw – dus van een ingediend verzoekschrift. Een dergelijke gang van zaken is bovendien niet zonder risico’s voor de verweerder. Deze handelwijze brengt immers mee dat de verweerder gedurende enige tijd – in het onderhavige geval gedurende meer dan vier weken – in de veronderstelling verkeert dat de aanvraag van het faillissement op een bepaalde dag zal worden behandeld, zonder dat bij de rechtbank die aanvraag bekend is. Daardoor kunnen misverstanden rijzen zoals die volgens HSK in dit geval zijn opgetreden en wordt het de verweerder onmogelijk gemaakt op enigerlei wijze met de rechtbank over de zaak te communiceren, bijvoorbeeld om een aanhouding van de behandeling te verzoeken.

3.4.4 Mocht (de advocaat van) [verweester 1] op eigen gezag, dus zonder voorafgaande mededeling daaromtrent van de rechtbank, dag en uur van de zitting in het exploit hebben opgenomen,

dan verdient opmerking dat voormeld voorschrift uit het toepasselijke procesreglement de tijdsvolgorde aangeeft van mededeling door de rechtbank en oproeping door de verzoeker, zodat de oproeping reeds op die grond niet behoorlijk is geweest.”

De Hoge Raad heeft het arrest van 9 oktober 2014 vernietigd en de zaak ter verdere behandeling en beslissing verwezen naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch.

(xii) Bij arrest van 17 september 2015 (ECLI:NL:GHSHE:2015:3641) heeft het gerechtshof 's-Hertogenbosch vastgesteld dat de vordering van [verweerster 1] niet meer bestond toen de uitspraak op het verzet werd gedaan. Daarmee was [verweerster 1] niet (meer) bevoegd om het faillissement aan te vragen (rov. 3.7.1). Om die reden dient het faillissement te worden vernietigd en komt de vraag of HSK in de toestand verkeert van te hebben opgehouden te betalen niet aan de orde (rov. 3.8). Vervolgens heeft het hof de vonnissen van de rechtbank Noord-Nederland van 2 september 2014 en 11 september 2014 vernietigd en het verzoek tot faillietverklaring van HSK afgewezen. Bij eindarrest van 3 maart 2016 (ECLI:NL:GHSHE:2016:887) heeft het hof de faillissementskosten en het salaris van de curator vastgesteld op € 160.000,- en bepaald dat dit bedrag voor 1/4 deel ten laste komt van HSK en voor 3/4 deel ten laste van [verweerster 1].

(xiii) De bestuurder van HSK heeft nadien een klacht tegen de advocaat ingediend bij de Raad van Discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden. In hoger beroep heeft het Hof van Discipline op 31 oktober 2016 (slechts) de klacht gegrond verklaard die inhield dat in het exploit van 22 juli 2014 ten onrechte is vermeld dat het faillissementsverzoekschrift bij de rechtbank was ingediend.

Verloop van de aansprakelijkheidsprocedure

1.2. In oktober 2015 heeft HSK [verweerster 1] en de advocaat van [verweerster 1] (hierna gezamenlijk aan te duiden als: ‘verweerders’) laten dagvaarden voor de rechtbank Noord-Nederland. HSK heeft gevorderd dat voor recht wordt verklaard dat verweerders aansprakelijk zijn voor de schade die zij lijdt en/of heeft geleden als gevolg van het door [verweerster 1] verzochte en later vernietigde faillissement, met veroordeling van verweerders om de daardoor door HSK geleden en nog te lijden schade te vergoeden, op te maken

bij staat en te vereffenen volgens de wet. Aan deze vordering heeft HSK samengevat het volgende ten grondslag gelegd:

– De aansprakelijkheid van verweerders volgt reeds uit het feit dat het faillissement is vernietigd. HSK maakte hierbij een vergelijking met de aansprakelijkheid van een procespartij die haar wederpartij dwingt tot nakoming van een vonnis dat later in hoger beroep wordt vernietigd.

– Bovendien hebben verweerders onrechtmatig gehandeld door HSK te laten oproepen voor de mondelinge behandeling van het faillissementsverzoek door de rechtbank op een wijze die in strijd is met art. 1.1.4.3 van het Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken.⁴ In het deurwaardersexploot was opgenomen dat het verzoekschrift bij de rechtbank is ingediend, hoewel dat ten tijde van uitbrengen van dat exploit (nog) niet het geval was. Dezelfde advocaat had HSK in een andere zaak ook op een dergelijke manier opgeroepen. De bestuurder van HSK is toen naar de rechtbank afgereisd, waar bleek dat geen verzoekschrift was ingediend. Gezien deze ervaring, heeft HSK direct na ontvangst van het op 22 juli 2014 uitgebrachte exploit bij de rechtbank navraag gedaan of op 2 september 2014 werkelijk de mondelinge behandeling zou plaatsvinden van een verzoek tot faillietverklaring van HSK. Dit bleek niet het geval te zijn. HSK is om die reden op 2 september 2014 niet ter zitting van de rechtbank verschenen.

– Daarnaast houdt HSK verweerders aansprakelijk voor de nadelige gevolgen van het faillissement op de grond dat [verweerster 1], ondanks het feit dat haar vordering inmiddels was voldaan, in de verzetprocedure heeft volhard bij haar aanvraag van het faillissement van HSK.

1.3. Bij vonnis van 8 februari 2017 (ECLI:NL:RBNNE:2017:381)⁵ heeft de rechtbank voor recht verklaard dat verweerders aansprakelijk zijn voor de schade die HSK lijdt als gevolg van het door [verweerster 1] verzochte en later vernietigde faillissement. De rechtbank heeft verweerders, hoofdelijk, veroordeeld tot betaling van schadevergoeding, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet. De rechtbank overwoog daartoe, samengevat, het volgende:

⁴ Stcrt. 2009/53.

⁵ JOR 2017/181 m.n.t. H. Dulack.

– De oproeping door verweerders van HSK voor de mondelinge behandeling van het verzoek tot faillietverklaring was in strijd met art. 1.1.4.3 van het Procesreglement insolventiezaken. Verweerders hebben hierdoor gehandeld in strijd met het recht. Dit wordt niet anders door het enkele feit dat de door hen gehanteerde wijze van oproepen destijds gangbaar was bij de rechtbank Noord-Nederland, locatie Leeuwarden, en bij andere rechtbanken (rov. 4.4 - 4.5).

– Door zo te handelen hebben verweerders een norm geschonden die onder meer ertoe strekt, te voorkomen dat een faillissement wordt uitgesproken zonder dat de gerekwesteerde van het verzoekschrift tot faillietverklaring daarover wordt gehoord. Het specifieke gevaar waartegen deze norm beschermt heeft zich verwezenlijkt, nu HSK ter zitting van de rechtbank van 2 september 2014 niet is verschenen. Hiermee bestaat in beginsel oorzakelijk verband tussen de wijze van oproepen en het feit dat HSK in de faillissementsprocedure in eerste aanleg niet ter zitting is verschenen. Verweerders hebben geen feiten aangevoerd die meebrengen dat indien HSK wél in overeenstemming met dit Procesreglement zou zijn opgeroepen, zij ook niet ter zitting zou zijn verschenen. Gelet op het feit dat de vordering van [verweerster 1] één dag voor de mondelinge behandeling van het verzet is betaald, is aannemelijk dat HSK het niet zou hebben laten aankomen op de behandeling van het faillissementsverzoek en dat zij de vordering van [verweerster 1] zou hebben betaald op een zodanig tijdstip dat het faillissement niet was uitgesproken (rov. 4.6).

– Hieruit volgt dat in deze aansprakelijkheidsprocedure ervan moet worden uitgegaan dat het faillissement niet zou zijn uitgesproken en geen schade door HSK zou zijn geleden indien HSK op de juiste wijze voor de zitting was opgeroepen, zodat een *conditio sine qua non*-verband bestaat tussen de wijze van oproepen en de door HSK als gevolg van dit faillissement geleden schade (rov. 4.7).

1.4. Verweerders hebben tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Bij eindarrest⁶ van 9 april 2019 heeft het hof het vonnis van 8 februari 2017 ver-

nietigd en, opnieuw rechtdoende, de vordering van HSK afgewezen.⁷

1.5. Het hof heeft eerst de grieven behandeld die betrekking hadden op het oorzakelijk verband (rov. 4.1 - 4.4). Het hof is uitgegaan van de veronderstelling dat verweerders door het niet behoorlijk oproepen van HSK voor de zitting van de rechtbank van 2 september 2014 onrechtmatig hebben gehandeld jegens HSK. Het hof heeft het beroepen vonnis opgevat in die zin dat de rechtbank heeft willen aansluiten bij de zgn. 'omkeringsregel', die geschreven is voor de situatie waarin een specifieke rechtsnorm is geschonden en het gevaar waartegen die norm beoogt te beschermen zich heeft verwezenlijkt. Volgens het hof heeft de rechtbank kennelijk geredeneerd dat daarmee ook de *mogelijkheid* van schade aannemelijk is, hetgeen een voorwaarde is voor toelating tot de schadestaatprocedure (rov. 4.1). Het hof heeft de rechtbank niet gevolgd in deze redenering. Het hof overwoog:

“4.2 (...) De geschonden norm strekt er namelijk slechts toe te waarborgen dat HSK in staat wordt gesteld gebruik te maken van haar recht over het verzoek tot faillietverklaring te worden gehoord. De wijze waarop de oproeping heeft plaatsgehad, heeft aan de uitoefening van dat recht niet in de weg gestaan. Die oproeping was immers duidelijk, en daarin werd een datum aangekondigd waarop HSK daadwerkelijk van dit recht gebruik had kunnen maken. Dat enkel de normschending de gepretendeerde schade heeft veroorzaakt (dat HSK alleen daardoor in eerste instantie niet is verschenen), is ook niet aan de vordering ten grondslag gelegd: HSK heeft aangevoerd dat zij verstek heeft laten gaan omdat de griffie van de rechtbank direct na ontvangst van de oproeping, op 22 juli 2014, aan [de bestuurder van HSK] telefonisch (en terecht) heeft meegedeeld dat bij de rechtbank helemaal geen faillissementsverzoek bekend was.

4.3 De stelling dat HSK na dit gesprek meende dat op 2 september 2014 geen tegen haar gericht faillissementsverzoek zou worden behandeld, is onverenigbaar met de constatering van de Hoge Raad in [het arrest van 5 juni 2015, plv. P-G] dat HSK gedurende meer dan vier weken in de veronderstelling heeft verkeerd dat de faillissements-

6 Bij tussenarrest van 22 mei 2018 had het hof slechts een comparitie van partijen gelast. Deze heeft plaatsgevonden op 4 februari 2019.

7 ECLI:NL:GHARL:2019:3167, JOR 2019/205 m.nt. I.R.P.J. van Ham.

aanvraag wel op een bepaalde dag zou worden behandeld. Dat het gesprek überhaupt heeft plaatsgehad, is bovendien bij herhaling uitdrukkelijk door [verweerders] bestreden: al in het hiervoor genoemde arrest van dit hof tussen HSK en [verweerster 1] van 9 oktober 2014 is het hof uitdrukkelijk voorbijgegaan aan wat HSK daaromtrent heeft aangevoerd, onder meer omdat voldoende gemotiveerd was bestreden dat dit gesprek daadwerkelijk heeft plaatsgevonden en HSK ter zake geen voldoende gespecificeerd bewijsaanbod had gedaan. Zeker gelet daarop, en gezien het gehandhaafde verweer op dit essentiële punt – dat deugdelijk is gemotiveerd; het is de griffie verboden dergelijke mededelingen telefonisch te doen –, had het in dit hoger beroep eens temeer op de weg van HSK gelegen om alsnog uitdrukkelijk bewijs aan te bieden van haar stelling dat dit telefoongesprek wel degelijk heeft plaatsgehad. Omdat zij dat heeft nagelaten, en het hof ambtshalve geen aanleiding ziet tot het geven van een hierop toegesneden bewijsopdracht, kan er in rechte niet van worden uitgegaan dat deze stelling van HSK feitelijk juist is. Dat betekent dat de kans op schade niet aannemelijk is geworden, voor zover de stellingen daaromtrent zijn gestoeld op de mededelingen die in het telefoongesprek door de griffie aan [de bestuurder van HSK] zouden zijn gedaan.”

1.6. Vervolgens is het hof – in het kader van de devolutieve werking van het hoger beroep – alsnog ingegaan op de (primaire) stelling van HSK dat verweerders, reeds omdat het faillissement na het aanwenden van een rechtsmiddel daartegen is vernietigd, gehouden zijn aan HSK de schade te vergoeden die zij als gevolg van het faillissement heeft geleden. Daaromtrent heeft het hof het volgende overwogen (rov. 4.6):

“(…) Een dergelijk standpunt vindt geen steun in het recht. Een vordering is op deze grond alleen toewijsbaar als sprake is van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen in de zin van artikel 3:13 BW. Daarvan kan sprake zijn als het aanvragen van het faillissement, gelet op de evidente kansloosheid ervan achterwege behoorde te blijven, met het oog op de daarbij betrokken kenbare en zwaarwegende belangen van HSK. Daarvan zou sprake zijn als [verweerster 1] feiten of omstandigheden aan haar verzoek ten grondslag had gelegd waarvan zij de onjuistheid kende of behoorde te kennen of stellingen waarvan zij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van

slagen hadden (vergelijk HR 29 juni 2007, NJ 2007/353). Voor dat alles is geen onderbouwing gegeven. In tegendeel, uit de processtukken blijkt dat [verweerster 1] HSK bij herhaling heeft aangeklaagd en ook haar voornemen faillissement aan te vragen ruim van te voren kenbaar heeft gemaakt. Al die tijd is een inhoudelijke reactie van de kant van HSK uitgebleven en bleef de rekening onbetaald. Onbestreden is bovendien dat [verweerster 1] haar faillissementsverzoek mede kon baseren op een steunvordering.”

1.7. Ten slotte heeft het hof overwogen dat elke onderbouwing ontbreekt voor de stelling van HSK dat [verweerster 1]⁸ in het faillissementsverzoek heeft volhard nadat HSK verzet had gedaan en de vordering van [verweerster 1] had voldaan. Zie rov. 4.8:

“(…) Uit het verhandelde ter zitting in dit hoger beroep maakt het hof op dat hiermee niet zozeer wordt bedoeld op het persisteren bij het faillissementsverzoek (dat was immers al toegewezen) maar op het beweerdelijk in het verzet door haar ingenomen standpunt dat het faillissement gehandhaafd diende te blijven. Indien [verweerster 1] dat standpunt al heeft ingenomen, dan nog valt naar het oordeel van het hof niet in te zien dat zij daarmee tegenover HSK onrechtmatig heeft gehandeld of haar procespositie heeft misbruikt. Indertijd stond immers niet ter discussie dat de vordering inmiddels was voldaan. Het standpunt dat het faillissement desalniettemin moest worden gehandhaafd, kon [verweerster 1] zonder schending van enige rechtsnorm innemen – ook als dat standpunt onjuist was. Het hof schaart zich in dit opzicht achter het oordeel van het Hof van Discipline bij de beoordeling van een hierop gestoelde klacht tegen [de advocaat]: de omstandigheid dat [de bestuurder van HSK] daags voor de zitting in verzet liet betalen, noopte [de advocaat] niet om actief mee te werken aan de opheffing van het faillissement. Hij was niet de advocaat van [de bestuurder van HSK] en kon volstaan met zich passief op te stellen, zoals hij kennelijk deed. Bovendien heeft [de bestuurder van HSK] niet gesteld dat hij van [de advocaat] de intrekking van het faillissementsrekest verlangde. Dit blijkt ook niet uit het proces-verbaal van de zitting en is evenmin aannemelijk, omdat beide partijen nog onbekend waren met de door de hiervoor weerge-

⁸ Het hof schrijft hier: “HSK”, kennelijk bij vergissing.

geven nuancering van de Hoge Raad voor versterkzaken, en deze kennelijk ook niet is bepleit.”

1.8. HSK heeft – tijdig – beroep in cassatie ingesteld tegen het arrest van 9 april 2019. Verweerders hebben het cassatieberoep tegengesproken en voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. HSK heeft geconcludeerd tot verwerping daarvan. Vervolgens hebben partijen hun standpunten schriftelijk laten toelichten, gevolgd door re- en dupliek.

2. Bespreking van het principaal cassatieberoep

2.1. De middelonderdelen 1 – 3 hebben betrekking op de primaire grondslag van de vordering tot schadevergoeding en op het subsidiair gestelde onrechtmatig handelen van verweerders bij het oproepen van HSK voor de mondelinge behandeling van het faillissementsverzoek door de rechtbank. Middelonderdeel 4 heeft betrekking op de tweede grondslag van de vordering, namelijk het gestelde volharden door [verweerster 1] en haar advocaat bij het faillissementsverzoek nadat de vordering van [verweerster 1] op HSK was betaald.

Primaire grondslag van de vordering: aansprakelijkheid van de aanvrager als consequentie van de vernietiging van het faillissementsvonnis?

2.2. In onderdeel 1 keert HSK zich tegen de verwerping door het hof (in rov. 4.6) van haar primaire standpunt dat de aanvrager van een faillissement geacht moet worden onrechtmatig jegens de schuldenaar te hebben gehandeld indien het vonnis waarbij het faillissement is uitgesproken na het aanwenden van een rechtsmiddel daartegen (uiteindelijk, na hoger beroep, cassatie en verwijzing) wordt vernietigd. Volgens HSK heeft het hof miskend dat reeds op grond hiervan alle schade die zij als gevolg van het faillissement heeft geleden ten laste van de in het ongelijk gestelde aanvrager behoort te komen. Het hof heeft ten onrechte een andere maatstaf aangelegd, door de vordering tot schadevergoeding slechts toewijsbaar te achten indien sprake is geweest van misbruik van procesrecht door [verweerders] of ander onrechtmatig handelen in de zin van art. 3:13 BW.

2.3. In *subonderdeel 1.1* herhaalt HSK dat zij in deze aansprakelijkheidsprocedure een overeenkomstige toepassing had bepleit van de norm in HR 1 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:542, NJ 2016/189. Indien het hof de grondslag van de vor-

dering van HSK anders heeft uitgelegd, is die andere uitleg volgens de klacht onbegrijpelijk in het licht van haar in het subonderdeel genoemde stellingen.⁹

2.4. In rov. 3.3.2 van het arrest van 1 april 2016 heeft de Hoge Raad overwogen dat de partij die, door dreiging met executie, de wederpartij heeft gedwongen tot nakoming van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis vóórdit in kracht van gewijsde is gegaan, in beginsel onrechtmatig handelt en schadeplichtig is wanneer het vonnis in hoger beroep wordt vernietigd.¹⁰ Blijkens de aangehaalde processtukken, heeft HSK in deze aansprakelijkheidsprocedure inderdaad overeenkomstige toepassing van deze regel bepleit in gevallen waarin het op verzoek van een schuldeiser uitgesproken faillissementsvonnis na het instellen van een rechtsmiddel wordt vernietigd. Deze voorwaardelijke motiveringsklacht mist feitelijke grondslag, omdat uit niets blijkt dat het hof de grondslag van de vordering van HSK anders heeft opgevat dan HSK had bedoeld: zie met name de eerste volzin van rov. 4.6.

2.5. *Subonderdeel 1.2* houdt in dat het hier bestreden oordeel blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, omdat de aanvrager van een faillissement in beginsel onrechtmatig handelt en schadeplichtig is jegens de schuldenaar indien het vonnis waarbij het faillissement is uitgesproken na gedaan verzet (eventueel gevolgd door hoger beroep, cassatie en verwijzing) wordt vernietigd. Het subonderdeel herhaalt dus de primaire grondslag van de vordering.

2.6. Ter onderbouwing van haar standpunt heeft HSK een vergelijking gemaakt met de rechtspraak over aansprakelijkheid van een beslaglegger voor de gevolgen van een in zijn opdracht gelegd beslag, indien dit beslag later komt te vervallen (buiten een faillissementssituatie).¹¹ Een *conservatoir*

9 Het middelonderdeel verwijst naar de conclusie van repliek onder 5, de inleidende dagvaarding onder 25 en de spreeknotities namens HSK ten behoeve van de comparitie van partijen op 7 december 2016, onder 5.

10 De Hoge Raad verwees naar HR 19 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5863, NJ 2000/603 m.nt. H.J. Snijders.

11 Het hierna weergegeven juridisch kader is grotendeels ontleend aan Asser Procesrecht/Steneker 5 2019/428 - 431. Zie ook: G.J.P. Molkenboer, *Aansprakelijkheid na ten onrechte gelegd conservatoir beslag*, diss. UU, Zutphen: Paris, 2020.

beslag vervalt wanneer niet binnen de daarvoor gestelde termijn een geldige eis in de hoofdzaak is ingesteld (zie art. 700 lid 3 Rv) of wanneer de vordering, ter verzekering waarvan het beslag is gelegd, geheel wordt afgewezen en deze afwijzing kracht van gewijsde heeft verkregen. Een *executoriaal* beslag kan komen te vervallen wanneer de vordering in de hoofdzaak aanvankelijk is toegewezen, maar na het aanwenden van een rechtsmiddel daartegen alsnog wordt ontzegd. In zulke gevallen is de beslaglegger, bijzondere omstandigheden daargelaten, aansprakelijk voor de schade die de beslagene als gevolg van het beslag heeft geleden.¹²

2.7. Voor de aansprakelijkheid van de beslaglegger maakt het dus geen wezenlijk verschil of het gaat om een conservatoir beslag voor een vordering die is afgewezen, dan wel om een executoriaal beslag op grond van een voor tenuitvoerlegging vatbare titel die nadien wordt vernietigd.¹³ De aansprakelijkheid van een beslaglegger berust op een onrechtmatige daad, die hem wordt toegerekend. De onrechtmatigheid is gelegen in de inbreuk die de beslaglegging maakt op het recht van een ander, namelijk het recht van de beslagene op het beslagen goed.¹⁴ De Hoge Raad is van oordeel dat op de beslaglegger een aansprakelijkheid rust voor de gevolgen van het door hem gelegde beslag indien de vordering waarvoor het beslag is gelegd ongegrond is gebleken en spreekt daarbij van een

‘risicoaansprakelijkheid’.¹⁵ Steneker is van mening dat geen sprake is van een (zuivere) *risico*-aansprakelijkheid, maar van een *schuld*-aansprakelijkheid met toerekening op grond van verkeersopvattingen.¹⁶ Op zich lijkt mij juist dat de gevolgen van het (naar achteraf blijkt: ten onrechte) leggen van het beslag op andermans goederen (ook) op grond van de in het verkeer geldende opvattingen als een onrechtmatige daad aan de beslaglegger zouden kunnen worden toegerekend op de voet van art. 6:163 lid 3 BW.¹⁷ De vraag blijft dan wel, of het klopt dat een verkeersopvatting met deze inhoud bestaat.¹⁸

2.8. Indien de vordering ter verzekering waarvan het beslag is gelegd slechts voor een gedeelte is toegewezen, vervalt het conservatoir beslag niet. De vraag of de beslaglegger aansprakelijk is voor de gevolgen van een beslag dat voor een te hoog bedrag is gelegd moet worden beantwoord aan de hand van de criteria die gelden voor misbruik van recht (art. 3:13 BW).¹⁹ Daarbij dient terughoudendheid te worden betracht: een beslag dat is gelegd op een beslagobject met een hogere waarde dan het bedrag waarvoor beslag is gelegd, behoeft op zich nog geen misbruik van bevoegdheid op te leveren, omdat de beslaglegger de opbrengst wellicht zal moeten delen met eventuele pand- of hypotheekhouders en met andere beslagleggers.

2.9. In zijn noot onder HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1608, NJ 1997/366, heeft

12 Zie: HR 15 april 1965, ECLI:NL:HR:1965:AC4076, NJ 1965/331 m.nt. D.J. Veegens; HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1608, NJ 1997/366 m.nt. C.J.H. Brunner. In deze arresten is niet gepreciseerd welke ‘bijzondere omstandigheden’ nodig zijn om de onrechtmatigheid van het beslag weg te nemen. Uit HR 8 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB6196, NJ 2008/92, volgt dat ‘bijzondere omstandigheden’ aanwezig kunnen zijn wanneer de beslagene de indruk had gewekt dat de feiten waarop de vordering van de beslaglegger was gebaseerd, juist waren, terwijl dat achteraf niet zo bleek te zijn. Ter zijde: Steneker (in Asser Procesrecht/Steneker 5 2019/428) is van mening dat onduidelijk is waarom dat argument zou moeten leiden tot het wegnemen van het onrechtmatige karakter van het beslag en niet leidt tot vermindering van de schadevergoedingsplicht op grond van ‘eigen schuld’ van de beslagene.

13 Vgl. rov. 4.2 van HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1608, reeds aangehaald.

14 Vgl. Asser/Sieburgh 6-IV 2019/47.

15 Zie HR 11 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2841, NJ 2003/440; HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL7059, NJ 2004/150 (rov. 3.4.2).

16 Asser Procesrecht/Steneker 5 2019/429.

17 Zie voor een overzicht van de verschillende in de vakliteratuur genoemde grondslagen voor de aansprakelijkheid van de beslaglegger: hoofdstuk 3 van G.J.P. Molkenboer, *Aansprakelijkheid na ten onrechte gelegd conservatoir beslag*, diss. UU, Zutphen: Paris, 2020.

18 Ter zijde: als het gaat om de schadelijke gevolgen van inbeslagneming en ander strafvorderlijk optreden tegen een verdachte die nadien door de strafrechter wordt vrijgesproken, heeft de Hoge Raad geen risicoaansprakelijkheid van de Staat aangenomen. In plaats daarvan is gekozen voor het criterium van de ‘gebleken onschuld’; zie laatstelijk de conclusie van A-G Bleichrodt in de nu bij de Hoge Raad aanhangige pre-judiciële zaak (ECLI:NL:PHR:2020:619, alinea’s 11 en 19), met vermelding van verdere vindplaatsen.

19 Zie: HR 11 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2841, NJ 2003/440; Asser Procesrecht/Steneker 5 2019/431.

Brunner ook andere gevallen genoemd waarin wordt geoordeeld dat degene die, vooruitlopend op de definitieve vaststelling van zijn (betwiste) recht, inbreuk maakt op het recht van een ander, dit voor eigen risico doet.²⁰ Hij schreef:

“1. (...) Als achteraf komt vast te staan dat het gepretendeerde recht niet bestond, was de inbreuk niet gerechtvaardigd. In het maatschappelijk verkeer wordt bijna steeds gehandeld op basis van rechten waarvan het bestaan niet door de rechter bij onherroepelijk vonnis is vastgesteld. Dat kan ook niet anders. Wordt het recht echter betwist, dan neemt de schuldeiser bewust het risico, dat later kan blijken dat het niet bestond. De quasi-schuldeiser heeft dan door inbreuk te maken op het recht van de quasi-schuldenaar, onrechtmatig gehandeld. Bekende voorbeelden uit de rechtspraak zijn de arresten die betrekking hebben op conservatoire beslagen (...). De inbreuk die het beslag maakt op het eigendomsrecht of een beperkt recht van de beslagene blijkt achteraf onrechtmatig te zijn geweest. Ook de tenuitvoerlegging van vonnissen die niet in gewijsde zijn gegaan, maar bij voorraad uitvoerbaar zijn, kan achteraf onrechtmatig blijken doordat het later in beroep wordt vernietigd ((...) HR 1 mei 1964, NJ 1965, 33). Ook het handhaven van in kort geding gegeven bevelen is achteraf onrechtmatig, indien in hoger beroep of in een bodemprocedure blijkt dat het op een onjuist voorlopig oordeel van de rechter berustte ((...) HR 16 nov. 1984, NJ 1985, 547). Kortom, de onjuiste voorstelling van de schuldeiser van zijn rechten rechtvaardigt de inbreuk niet. ‘Het recht’ schreef [G.E.] Langemeijer in zijn conclusie voor HR 6 april 1962, NJ 1965, 116, ‘kan het moeilijk stellen zonder de fictie dat bij de beoordeling van handelingen ter bescherming van een gepretendeerd recht, terwijl het bestaan van dit recht in het onzekere is, het uiteindelijk oordeel over dit recht tevens over de rechtmatigheid dier handelingen beslist’. Die oplossing achtte hij te verkiezen boven de andere oplossing ‘die dogmatisch zeker niet sterker staat, namelijk het laten blijven drukken van de schade op iemand die uiteindelijk blijkt geheel in zijn recht te staan, en die uit oogpunt van billijkheid nog minder bevredigt’.

20 In de schriftelijke toelichting in cassatie namens HSK (onder 2.1.3) is hierop uitdrukkelijk een beroep gedaan.

De vraag of de quasi-gerechtigde wel schuld heeft, als hij niet op losse gronden anticipeert op de vaststelling in rechte van het bestaan van zijn recht, is bij ons steevast bevestigend beantwoord. (...).”

2.10. HSK heeft in dit geding betoogd dat de hiervoor beschreven (risico-)aansprakelijkheid ook geldt voor gevallen zoals hier aan de orde, waarin een aanvankelijk uitgesproken faillissement na het aanwenden van een rechtsmiddel daartegen is vernietigd.

2.11. Is de aanvrager van het faillissement zonder meer aansprakelijk indien het faillissement na het aanwenden van een rechtsmiddel daartegen wordt vernietigd?²¹ Uitgangspunt zou moeten zijn dat het aanvragen van het faillissement van de schuldenaar een aan de aanvrager “ten dienste staand rechtsinstrument” is, waarvan de uitoefening *op zichzelf* niet kan worden beschouwd als onrechtmatig. Slechts onder bijzondere omstandigheden kan dit anders zijn.²² Deze rechtsopvatting sluit aan bij meer algemene inzichten over de maatstaf ten aanzien van onrechtmatig procederen.²³ Zo overwoog de Hoge Raad op 6 april 2012 het volgende:

“5.1 De (...) reconventionele vordering van Achmea komt erop neer dat A. de onderhavige procedure zonder grond tegen haar heeft aangespannen en daarom gehouden is alle door Achmea in verband met deze procedure gemaakte kosten te vergoeden. Naar het hof terecht heeft geoordeeld, is deze vordering alleen toewijsbaar in geval van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen (...). Daarvan is pas sprake als het instellen van de vordering, gelet op de evidente ongegrondheid ervan, in verband met de betrokken belangen van de wederpartij achterwege had behoren te blijven. Hiervan kan eerst sprake zijn als eiser zijn vordering baseert op feiten en omstandigheden waarvan hij de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen of op stellingen waarvan hij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden (HR 29 juni 2007, [ECLI:NL:HR:2007:BA3516], NJ 2007/353). Bij

21 Een deel van het hierna weergegeven juridisch kader is ontleend aan Wessels *Insolventierecht I* 2018/1327 e.v.

22 Vgl. Wessels *Insolventierecht I* 2018/1329.

23 Zie kort daarover: alinea 2.3 van de conclusie voor HR 26 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:648 (art. 81 RO), met vermelding van verdere vindplaatsen.

het aannemen van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen door het aanspannen van een procedure past terughoudendheid, gelet op het recht op toegang tot de rechter dat mede gewaarborgd wordt door art. 6 EVRM.²⁴

2.12. De bevoegdheid om het faillissement van een ander aan te vragen komt niet toe aan iemand die geen redelijk belang heeft bij het gebruik maken van die bevoegdheid.²⁵ Het accent ligt daarbij op het redelijk belang *van de aanvrager*; niet op een afweging tussen het belang van de aanvrager en de belangen van anderen waaronder de schuldenaar.²⁶ Het antwoord op de vraag of de aanvrager een redelijk belang bij de verzochte faillietverklaring heeft is feitelijk van aard en kan daarom in cassatie niet op juistheid worden getoetst.²⁷

2.13. In de lagere rechtspraak wordt ook wel beoordeeld of de aanvrager in redelijkheid tot uitoefening van zijn bevoegdheid had kunnen komen, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening ervan en het belang dat daardoor wordt geschaad (vgl. art. 3:13 lid 2 BW). Zo is bijvoorbeeld geen redelijk belang bij faillietverklaring aangenomen indien de schuldeiser toch geen enkele betaling zal ontvangen.²⁸ Deze benadering doet volgens Wessels recht aan de bedoeling van de wetgever: naast het oordeel of een redelijk belang van de aanvrager aanwezig is, beoordeelt de rechtbank óók of evenredigheid bestaat tussen de ingestelde rechtsvordering (resp. het bij de rechtbank ingediende verzoek) en het daarmee beoogde resultaat, waarbij de rechter ambtshalve mede acht slaat op de eisen

van een behoorlijke procesvoering en het algemene belang van de rechtspleging.

2.14. In de zaak van HR 7 oktober 1983²⁹ werd aangevoerd dat wanneer een schuldeiser, van wiens vorderingsrecht is gebleken, het faillissement heeft aangevraagd van een schuldenaar die in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, het verzoek tot faillietverklaring slechts dan niet voor toewijzing vatbaar is indien sprake is van afstand of verwerking van het recht tot het doen van de faillissementsaanvraag. De Hoge Raad verwierp dat betoog, na te hebben overwogen: “Zo is ook een afwijzing denkbaar omdat de aanvraag in de gegeven omstandigheden misbruik van bevoegdheid oplevert of in strijd komt met de goede trouw die bij de uitvoering van een overeenkomst in acht moet worden genomen.”

2.15. Ik kan noch in het arrest van 7 oktober 1983, noch in de overige hiervoor aangehaalde rechtspraak steun vinden voor het standpunt van HSK dat – enkel op grond van het feit dat het faillissementsvonnis na het aanwenden van een rechtsmiddel daartegen is vernietigd – de aanvrager van het faillissement (risico-)aansprakelijk is voor de schade die de schuldenaar als gevolg van het faillissement lijdt.

2.16. In de schriftelijke toelichting namens HSK³⁰ is nog een beroep gedaan op een uitspraak van het gerechtshof te Arnhem van 25 februari 1981.³¹ In die zaak had een schuldeiser het faillissement van de schuldenaar aangevraagd, kort nadat de vordering van de aanvrager op de schuldenaar in een – uitvoerbaar bij voorraad verklaard – vonnis was toegewezen. Nadat het faillissement was uitgesproken, werd de desbetreffende vordering in hoger beroep alsnog afgewezen. Het hof was van oordeel dat het aanvragen van het faillissement op zichzelf niet onrechtmatig was (rov. 7). Wel verenigde het hof zich met het subsidiaire standpunt dat de handelwijze van de aanvrager met zich bracht dat deze “de risico-aansprakelijkheid” heeft te dragen voor de schade die de schuldenaar als gevolg van zijn faillissement heeft geleden (rov. 8 e.v.). Volgens het hof had de aanvrager er reke-

24 HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7828, NJ 2012/233.

25 Vaste rechtspraak sinds HR 26 juni 1942, ECLI:NL:HR:1942:66, NJ 1942/585. Zie onder meer: HR 20 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2146, NJ 1997/640 m.nt. S.C.J.J. Kortmann. In HR 30 augustus 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0326, NJ 1991/781, wordt gesproken over ‘voldoende grond en belang’ bij de faillissementsaanvraag. Hiermee is volgens Wessels (onder nr. 1329) vermoedelijk niet anders bedoeld dan: een ‘redelijk’ belang.

26 Zie o.m. HR 25 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2711, NJ 1998/894. Vgl. HR 29 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2388, JOR 2001/169.

27 Zie HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9344, NJ 1986/637.

28 Zie: *Wessels Insolventierecht I* 2018/1330.

29 HR 7 oktober 1983, ECLI:NL:HR:1983:AB9965, NJ 1984/74; zie hierover: *Wessels Insolventierecht I* 2018/1334 e.v.

30 Schriftelijke toelichting namens HSK, blz. 3, voetnoot 4.

31 Hof Arnhem 25 februari 1981, ECLI:NL:GHARN:1981:AG4324, NJ 1982/5.

ning mee moeten houden dat de appelrechter in de vorderingszaak tot een ander oordeel zou komen omtrent zijn gestelde vorderingsrecht en de vordering zou afwijzen, zodat de vordering (die ook de basis vormde voor de aanvraag van het faillissement) geacht werd nimmer te hebben bestaan.

2.17. Behalve de gelijkenis door het feit dat de casus betrekking had op een faillissementsaanvraag en een vordering van de aanvrager die achteraf niet bleek te bestaan, biedt deze beslissing uit 1981 naar mijn mening nauwelijks steun voor het standpunt van HSK. De zaak speelde onder oud-BW, zodat op art. 3:13 BW nog geen beroep kon worden gedaan. Gemeten naar de huidige maatstaven, zou de rechter in het Arnhemse geval wellicht aansluiting hebben gezocht bij de hiervoor in deze conclusie geschetste gevallen waarin aansprakelijkheid werd aangenomen. Hoe dan ook, beslissend was in 1981 dat de aanvrager bij de behandeling van het hoger beroep van de schuldenaar tegen het faillissementsvonnis de totstandkoming van een regeling tussen de gefailleerde schuldenaar en zijn schuldeisers heeft geblokkeerd, in plaats van zijn aanspraak op te schorten in afwachting van de uitkomst van het appel in de hoofdzaak (zie rov. 9 van het arrest van 25 februari 1981). Daarmee gaat het om een andersoortig geval dan het onderhavige.

2.18. Op een concrete kenbron van een verkeersopvatting waarop de aansprakelijkheid van verweerders zou kunnen worden gebaseerd, is door HSK in de feitelijke instanties en in het cassatiemiddel geen beroep gedaan.³² HSK heeft, naar de kern genomen, slechts een beroep gedaan op het hiervoor al meermalen genoemde arrest van de Hoge Raad van 5 juni 2015 en op de door haar gestelde onbillijkheid van het resultaat dat zij de schade zou moeten dragen die het gevolg is van het niet door haarzelf uitgelokte faillissement.

2.19. Het door Brunner genoemde billijkheidsargument, waarnaar HSK verwijst (zie alinea 2.9 hiervoor), houdt kort gezegd in dat de gevolgen van de rechtsonzekerheid die tijdelijk tussen de

schuldeiser en de schuldenaar heeft bestaan in afwachting van de definitieve vaststelling door de rechter van hun rechtsverhouding, niet eenzijdig ten laste mogen komen van degene die – naar achteraf gebleken is – in haar gelijk stond. Op het eerste gezicht spreekt dit argument aan: een faillissement kan worden aangemerkt als een algemeen beslag op het vermogen van de schuldenaar. Waarom zou de aansprakelijkheid van degene die het faillissement heeft uitgelokt met een andere maatstaf worden gemeten dan die welke wordt gebruikt bij de aansprakelijkstelling van een ‘gewone’ beslaglegger?

2.20. Daartegenover staan andere argumenten. In de eerste plaats de – reeds besproken – omstandigheid dat het indienen van een faillissementsverzoek een ten dienste van de schuldeiser staand ‘rechtsinstrument’ is wanneer een debiteur niet reageert op aanmaningen tot betaling. Het gaat behalve om beslaglegging, ook om de vrijheid om een procedure in te stellen tegen een wanbetaler; zie alinea 2.11 hiervoor. In de tweede plaats raakt het vonnis waarbij het faillissement van een schuldenaar wordt uitgesproken naar zijn aard veel meer dan alleen de onderlinge rechtsverhouding tussen de aanvrager van het faillissement en de schuldenaar. Een faillissement omvat in beginsel het gehele vermogen van de schuldenaar en raakt de rechtsverhoudingen tussen de schuldenaar en al zijn schuldeisers. In een pluraliteit van schuldeisers is het min of meer toevallig, wie van hen als eerste het verzoek tot faillietverklaring indient. Daarom ligt het mijns inziens niet voor de hand, klakkeloos uit te gaan van het bestaan van een verkeersopvatting die, in gevallen waarin een faillissementsvonnis na het instellen van een rechtsmiddel is vernietigd, de schadelijke gevolgen van het faillissement eenzijdig neerlegt bij de schuldeiser die het faillissement heeft aangevraagd.

2.21. In het voordeel van HSK zou wellicht kunnen worden geredeneerd dat de Hoge Raad in het meergenoemde arrest van 5 juni 2015 (rov. 3.3.4) heeft beslist dat voor een nuancering zoals werd aangenomen in het arrest van de Hoge Raad van 10 november 2006 geen plaats is in een geval als dit, waarin “de schuldenaar niet op de aanvraag is gehoord voordat hij in staat van faillissement is verklaard, en hij vervolgens daartegen op de voet van art. 8 lid 2 Fw (tijdig) verzet doet.” Met de strekking van het rechtsmiddel van verzet tegen een faillietverklaring bij verstek verdraagt zich

32 Zie over mogelijke kenbronnen van relevante verkeersopvattingen: *Groene Serie Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 11 (K.J.O. Jansen); K.J.O. Jansen, *Verkeersopvattingen en private regelgeving*. Over maatschappelijke opvattingen als bron van ongeschreven privaatrecht, *NTBR* 2020/5.

niet dat de schuldenaar bij zijn – alsnog in de procedure ingebrachte – verweer tegen zijn faillietverklaring geen baat meer kan hebben. Geldt die rechtsopvatting dan niet óók voor de toerekening van de gevolgen van het faillissement aan de aanvrager van dat faillissement in een geval waarin de schuldenaar geen verwijt treft van de omstandigheid dat hij niet ter zitting van de rechtbank is verschenen?

2.22. Het arrest van 5 juni 2015 noopte het hof niet om de gevolgtrekking te maken dat het door de rechtbank uitgesproken en na het aanwenden van een rechtsmiddel vernietigde faillissement te wijten is aan een oorzaak die krachtens de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de aanvrager komt. In de onderhavige zaak is niet vastgesteld dat de aanvraag door [verweester 1] van het faillissement van HSK in eerste aanleg zonder voldoende redelijk belang is geschied. Evenmin is vastgesteld dat de aanvraag toen is gedaan met misbruik van bevoegdheid, dat deze in strijd was met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid of dat deze lichtvaardig of te kwader trouw is gedaan. Voor zover in rov. 3.4.4 van het arrest van de Hoge Raad 5 juni 2015 sprake was van onbehoorlijk handelen van [verweester 1] en/of van haar advocaat, is dát – en niet het aanvragen van het faillissement van HSK – mogelijk een grondslag voor aansprakelijkheid. Die grondslag komt aan de orde in subonderdeel 1.3. Mijn slotsom is dat subonderdeel 1.2 niet tot cassatie leidt.

Subsidiaire grondslag van de vordering; onrechtmatig handelen door de wijze van oproepen van de schuldenaar voor de behandeling van het faillissementsverzoek?

2.23. Subonderdeel 1.3 is subsidiair aan het vorige subonderdeel voorgedragen. Indien moet worden aangenomen dat geen sprake is van (risico-)aansprakelijkheid van verweerders voor de schadelijke gevolgen van het faillissement, voert HSK aan dat het hof ten minste in het licht van de in dit middelonderdeel genoemde omstandigheden had moeten beslissen dat de partij die met succes het faillissement van de schuldenaar aanvraagt, onrechtmatig handelt en schadeplichtig is indien het faillissementsvonnis na het aanwenden van een rechtsmiddel daartegen wordt vernietigd. Deze klacht doelt op de navolgende omstandigheden:

(i) dat de schuldenaar de vordering van de aanvrager heeft voldaan voorafgaand aan de mondelinge behandeling van het verzet;³³

(ii) de omstandigheid dat de aanvrager de schuldenaar bij exploit heeft laten oproepen tegen een faillissementszitting om alsdan te worden gehoord op het verzoekschrift tot faillietverklaring, terwijl met het oproepingsexploot een stuk aan de schuldenaar is betekend, waarnaar in het exploit wordt verwezen, met de woorden: “een verzoekschrift waarmee *requirant(e)* zich heeft gewend tot de rechtbank”, en inmiddels vaststaat dat het verzoekschrift tot faillietverklaring pas geruime tijd na de betekening ter griffie van de rechtbank is ingekomen;

(iii) de omstandigheid dat de aanvrager op eigen gezag, in strijd met de in het van toepassing zijnde procesreglement aangegeven tijdsvolgorde van mededeling door de rechtbank en oproeping door de verzoeker, dus zonder voorafgaande mededeling daaromtrent van de rechtbank, dag en uur van de zitting in het exploit heeft opgenomen, zodat de oproeping reeds op die grond niet behoorlijk was;³⁴

(iv) de omstandigheid dat aan de aanvrager, anders dan bepaald in het van toepassing zijnde procesreglement, reeds voorafgaand aan het uitbrengen van het exploit, dus vóórdát het verzoekschrift was ingediend, van de rechtbank was meegedeeld tegen welke datum, welk tijdstip en op welke wijze de schuldenaar diende te worden opgeroepen;³⁵

(v) de omstandigheid dat door de gang van zaken zoals weergegeven in de punten (ii) t/m (iv) bij de schuldenaar misverstanden zijn gerezen omtrent de vraag of het faillissementsverzoek in werkelijkheid aanhangig was en/of omtrent de vraag of in werkelijkheid een faillissementszitting zou plaatsvinden op de in het exploit aangezegde rechtsdag;³⁶

33 Het cassatierekest verwijst naar het (in alinea 1.1 onder (xii) genoemde) tussenarrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 17 september 2015, rov. 3.6 e.v.

34 Het cassatierekest verwijst naar de memorie van grieven, punt 12, en naar het arrest van de Hoge Raad van 5 juni 2015, rov. 3.4.4.

35 Het cassatierekest verwijst naar het arrest van 5 juni 2015, rov. 3.4.3.

36 Het cassatierekest verwijst ook in dit verband naar het arrest van 5 juni 2015, rov. 3.4.3. Het subonderdeel stelt dat deze omstandigheid in de procedure is be-

(vi) de omstandigheid dat de aanvrager van het faillissement bij de behandeling van het verzet tegen het faillissementsvonnis het standpunt heeft ingenomen dat het faillissement gehandhaafd moest blijven, niettegenstaande het feit dat zijn vordering op dat moment niet meer bestond.³⁷

2.24. Indien één of meer van deze omstandigheden zich voordoen en het faillissementsvonnis wordt vernietigd, moet volgens subonderdeel 1.3 worden aangenomen dat het aanvragen van het faillissement van de schuldenaar en het in vervolgprocedures handhaven daarvan een onrechtmatige gedraging van de aanvrager jegens de schuldenaar oplevert, die aan de aanvrager kan worden toegerekend. HSK voegt hieraan toe dat dit temeer geldt wanneer, zoals in dit geval, de rechter die uiteindelijk het faillissementsvonnis heeft vernietigd, de aanvrager in het grootste gedeelte van de faillissementskosten veroordeelt.³⁸ Tot zover de klacht.

2.25. Het hof heeft in rov. 4.6 getoetst of sprake is van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen in de zin van art. 3:13 BW. Daarvan kan volgens het hof sprake zijn als het aanvragen van het faillissement, gelet op de evidente kansloosheid ervan, achterwege behoort te blijven met het oog op de daarbij betrokken kenbare en zwaarwegende belangen van de schuldenaar. Daarvoor is nodig dat [verweerster 1] feiten of omstandigheden aan haar faillissementsverzoek ten grondslag legt waarvan zij de onjuistheid kende of behoorde te kennen, of stellingen waarvan zij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden. Dat is volgens het hof niet, althans niet voldoende onderbouwd, gebeurd.

twist en dat die betwisting door het hof in rov. 4.3 is gehonoreerd, zodat van deze omstandigheid in cassatie “ook in dit verband waarschijnlijk niet zonder meer kan worden uitgegaan”. Mede daarom, zo vervolgt het subonderdeel, wordt in cassatie ook een klacht gericht tegen rov. 4.3; zie onderdeel 2 hierna.

37 Het cassatierekest verwijst naar het als prod. 8 bij de conclusie van antwoord overgelegde vonnis in verzet van de rechtbank Noord-Nederland van 11 september 2014, rov. 2.5 (laatste volzin), het tussenarrest van het hof 's-Hertogenbosch van 17 september 2015, rov. 3.8 - 3.9, en het eindarrest van dat hof van 3 maart 2016, rov. 7.4.3.3.

38 Zie voor dit laatste het hiervoor al genoemde arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 3 maart 2016 (rov. 7.4.3.1 - 7.4.3.4).

2.26. Het hof heeft de (in middelonderdeel 1 bestreden) overweging 4.6 in zijn arrest opgenomen onder het kopje “De vraag of het vergeefs aanvragen van faillissement leidt tot aansprakelijkheid”. De in onderdeel 1.3 onder (i) aangevoerde omstandigheid staat daar los van. De in onderdeel 1.3 onder (ii) t/m (v) genoemde omstandigheden betreffen de wijze waarop HSK is opgeroepen voor de zitting van de rechtbank om te worden gehoord op het faillissementsverzoek. Ook deze omstandigheden staan los van hetgeen het hof in rov. 4.6 overweegt. Het hof was reeds eerder (in rov. 4.1 - 4.3) ingegaan op de vraag of de niet behoorlijke wijze van oproepen voor de zitting van de rechtbank tot schade voor HSK heeft geleid. Blijkens rov. 4.1 ging het hof daarbij uit van de veronderstelling dat verweerders onrechtmatig jegens HSK hebben gehandeld door HSK niet naar behoren op te (laten) roepen voor die zitting. Het hof was evenwel van oordeel dat de kans dat HSK hierdoor schade heeft geleden niet aanneemelijk is geworden. Tegen dat oordeel komt HSK op met de – hierna te bespreken – middelonderdelen 2 en 3. De in onderdeel 1.3 onder (vi) genoemde omstandigheid is door het hof besproken in rov. 4.8 en staat eveneens los van de door het hof in art. 4.6 besproken vraag. Zij komt aan de orde in middelonderdeel 4.

2.27. Anders dan HSK aan het slot van onderdeel 1.3 betoogt, voert de omstandigheid dat [verweerster 1] in de verzetprocedure (na verwijzing) in $\frac{3}{4}$ deel van de faillissementskosten is veroordeeld, niet tot de door HSK beoogde gevolgtrekking dat het aanvragen van het faillissement of het handhaven van dat verzoek een onrechtmatige daad oplevert die aan verweerders kan worden toegerekend. De slotsom van het voorgaande is dat onderdeel 1.3 geen doel treft.

2.28. *Onderdeel 2* is gericht tegen de slotsom van rov. 4.3. Deze rechtsoverweging is door het hof geplaatst onder het kopje “De vraag of de onjuiste oproeping tot schade heeft geleid”.³⁹ Het hof heeft die vraag ontkennend beantwoord.

2.29. *Subonderdeel 2.1* bevat een motiveringsklacht. Voor zover het hof zijn oordeel heeft gebaseerd op de overweging (in de eerste volzin van rov. 4.3), inhoudende dat de stelling van HSK dat

39 De redenering in de grieven II en III waarop het hof in deze overweging reageert, is door het hof samengevat in rov. 4.1.

zij na het telefoongesprek met de griffie van de rechtbank meende dat ter zitting van 2 september 2014 geen tegen HSK gericht faillissementsverzoek zou worden behandeld, onvermijdelijk is met de constatering in het arrest van de Hoge Raad dat HSK gedurende meer dan vier weken in de veronderstelling heeft verkeerd dat de faillissementsaanvraag wél op een bepaalde dag zou worden behandeld, is dat volgens de klacht onbegrijpelijk. De Hoge Raad overwoog (in rov. 3.4.3 van meergenoemd arrest van 5 juni 2015) het volgende:

“Indien [verweerster 1] voorafgaand aan het uitbrengen van het exploit van de zijde van de rechtbank reeds was meegedeeld tegen welke datum, welk tijdstip en welke wijze HSK diende te worden opgeroepen (...) heeft de rechtbank derhalve die mededeling gedaan voordat het verzoekschrift was ingediend. Dat staat op gespannen voet met art. 1.1.4.3 van het Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken (...). Een dergelijke gang van zaken is bovendien niet zonder risico’s voor de verweerder. Deze handelwijze brengt immers mee dat de verweerder gedurende enige tijd – in het onderhavige geval gedurende meer dan vier weken – in de veronderstelling verkeert dat de aanvraag van het faillissement op een bepaalde dag zal worden behandeld, zonder dat bij de rechtbank die aanvraag bekend is. Daardoor kunnen misverstanden rijzen zoals die volgens HSK in dit geval zijn opgetreden en wordt het de verweerder onmogelijk gemaakt op enigerlei wijze met de rechtbank over de zaak te communiceren, bijvoorbeeld om een aanhouding van de behandeling te verzoeken.”

Volgens het middelonderdeel heeft de Hoge Raad met zijn verwijzing naar dat risico niet bedoeld de feiten vast te stellen: het vaststellen van de feiten is niet de taak van een cassatierechter. Hetzelfde geldt voor de overweging van de Hoge Raad dat door genoemde handelwijze misverstanden kunnen rijzen en het de verweerder onmogelijk wordt gemaakt met de rechtbank over de zaak te communiceren. Volgens HSK blijkt uit deze overweging dat de Hoge Raad slechts het oog had op risico’s die voor een verweerder *in het algemeen* verbonden zijn aan “[e]en dergelijke gang van zaken”. Daarom kon het hof uit deze overweging van de Hoge Raad logisch niet afleiden dat het gestelde telefoongesprek van HSK met de griffie van de rechtbank op 22 juli 2014 *niet* heeft plaatsgevonden. Evenmin kon het hof daaruit afleiden

dat de inhoud van dat telefoongesprek *niet* ertoe heeft bijgedragen dat HSK ter zitting van 2 september 2014 niet is verschenen. Daarom is onbegrijpelijk waarom de stelling van HSK over het telefoongesprek in strijd zou zijn met een vaststelling in het arrest van de Hoge Raad. Tot zover de klacht.

2.30. Ik lees de aangevallen overweging anders. Blijkens rov. 4.2 had HSK in de procedure bij het hof aangevoerd dat zij (in de faillissementsprocedure in eerste aanleg) verstek heeft laten gaan omdat de griffie van de rechtbank *direct na ontvangst van de oproeping, op 22 juli 2014*, aan de bestuurder van HSK telefonisch had medegedeeld dat bij de rechtbank geen verzoek tot faillietverklaring van HSK bekend was. Het hof heeft in rov. 4.3 overwogen dat deze, door verweerders betwiste, stelling – die impliceert dat HSK binnen één dag na kennisneming van de oproeping al uitsluitend verkreeg van de griffie – niet rijmt met de constatering in rov. 3.4.3 van het arrest van de Hoge Raad van 5 juli 2015 dat HSK “gedurende meer dan vier weken” in de veronderstelling verkeerde dat de faillissementsaanvraag op een bepaalde dag (in casu: 2 september 2014) zou worden behandeld. Die overweging van het hof is niet onlogisch.

2.31. In deze aansprakelijkheidsprocedure hebben verweerders uitdrukkelijk betwist dat het door HSK gestelde telefoongesprek met de griffie heeft plaatsgevonden, zoals het hof vaststelt in rov. 4.3. Het hof is van oordeel dat de bewijslast van het door HSK gestelde telefoongesprek op HSK rust. Bij gebreke van een daarop gericht bewijsaanbod van HSK, heeft het hof de gevolgtrekking gemaakt dat het gestelde telefoongesprek niet als vaststaand feit kan worden aangemerkt in deze aansprakelijkheidsprocedure. Die gevolgtrekking is niet onbegrijpelijk. De veronderstelling in het middelonderdeel dat de Hoge Raad slechts in algemene termen heeft gesproken over de risico’s die een partij loopt tegen wie een verzoek tot faillietverklaring is ingediend, gaat niet op voor de tussenzin (“in het onderhavige geval meer dan vier weken”) in de overweging van de Hoge Raad. De motiveringsklacht van subonderdeel 2.1 faalt.

2.32. *Subonderdeel 2.2* bestrijdt de vaststelling (in rov. 4.3) dat verweerders deugdelijk gemotiveerd hebben bestreden dat het door HSK gestelde telefoongesprek op 22 juli 2014 heeft plaatsgevonden. De klacht houdt in dat de vaststelling rehtens

onjuist dan wel onbegrijpelijk is, omdat uit de door verweerders aangevoerde omstandigheid dat het de griffie verboden is zulke mededelingen per telefoon te doen, geenszins volgt dat de gestelde mededeling niet is gedaan: uit het bestaan van een norm voor het griffiepersoneel kan volgens het subonderdeel niet de gevolgtrekking worden gemaakt dat het griffiepersoneel die norm ook heeft nageleefd. Tegenover de gemotiveerde stellingen van HSK (omtrent de toedracht rond de betekening van het exploit, het bellen met de griffie, de aanvankelijke weigering van de griffie om inlichtingen te verstrekken totdat de bestuurder van HSK meedeelde dat hij al eens eerder voor niets naar Leeuwarden was afgereisd in verband met een in werkelijkheid niet ingediend faillissementsrekest van deze advocaat en, uiteindelijk, de mededeling van de griffie aan HSK dat bij de rechtbank geen door [verweerster 1] ingediend verzoekschrift tot faillietverklaring van HSK lag)⁴⁰, hadden verweerders – volgens het subonderdeel – niet mogen volstaan met het argument dat het de griffie verboden is zulke mededelingen per telefoon te doen. HSK acht het andersluidende oordeel van het hof onbegrijpelijk.

2.33. Het hof heeft in rov. 4.3 overwogen dat [verweerders] bij herhaling hebben bestreden dat het (door HSK gestelde) gesprek met de griffie heeft plaatsgevonden. Daarbij heeft het hof mede van belang geacht dat het hof reeds in de faillissementsprocedure, namelijk bij arrest van 9 oktober 2014 (rov. 3.6), voorbij was gegaan aan hetgeen HSK had aangevoerd omtrent haar telefoongesprek met de griffie, onder meer omdat HSK niet een voldoende gespecificeerd bewijsaanbod had gedaan. In de aansprakelijkheidsprocedure hebben verweerders hun betwisting van het door HSK gestelde telefoongesprek herhaald. Nu HSK zich niet beriep op een schriftelijke bevestiging van dat telefoongesprek of op andere bijkomende feiten, valt niet in te zien wat verweerders – naast hun argument dat griffiepersoneel zulke mededelingen niet over de telefoon mag doen – méér

hadden kunnen aanvoeren dan hun betwisting bij gebrek aan wetenschap.⁴¹

2.34. In deze aansprakelijkheidsprocedure heeft het hof – in zoverre in cassatie onbestreden – de bewijslast bij HSK gelegd. Dit geldt zowel ten aanzien van de stelling dát op 22 juli 2014 een telefoongesprek tussen HSK en de griffie van de rechtbank heeft plaatsgevonden als ten aanzien van de door HSK gestelde inhoud van het telefoongesprek. Het hof overweegt dat het “in *dit* hoger beroep”⁴² op de weg van HSK had gelegen om alsnog uitdrukkelijk bewijs aan te bieden van haar stelling dat het gestelde telefoongesprek heeft plaatsgehad, doch dat een bewijsaanbod niet is gedaan. Met deze woordkeuze bedoelt het hof kennelijk dat HSK uit het debat over dezelfde kwestie in de verzetprocedure had moeten begrijpen dat ook in deze aansprakelijkheidsprocedure het op de weg van HSK lag om bewijs van deze betwiste stelling te leveren of aan te bieden. Het subonderdeel faalt.

2.35. *Subonderdeel 2.3* bouwt voort op de twee daaraan voorafgaande subonderdelen en bevat geen klacht die afzonderlijk bespreking behoeft. De slotsom is dat onderdeel 2 niet tot cassatie leidt.

2.36. *Onderdeel 3* is gericht tegen het oordeel in rov. 4.2 dat de geschonden norm – het in strijd met de Procesregeling voor insolventiezaken niet behoorlijk (doen) oproepen van de schuldenaar in de faillissementsprocedure in eerste aanleg – slechts ertoe strekt, te waarborgen dat de schuldenaar in staat wordt gesteld om gebruik te maken van zijn recht om over het verzoek tot faillietverklaring te worden gehoord. Het middelonderdeel is mede gericht tegen het oordeel dat de wijze waarop de oproeping van HSK heeft plaatsgevonden niet in de weg heeft gestaan aan de uitoefening van dat recht door HSK, aangezien de oproeping bij exploit duidelijk was en daarin – al dan niet eigenmachtig – een zittingsdatum werd aangekondigd waarop HSK werkelijk van dit recht gebruik had kunnen maken.

2.37. *Subonderdeel 3.1* houdt in dat, indien het hof hiermee een oordeel geeft over de onrechtmatigheid van de handelwijze van verweerders of over

40 Het cassatierekest verwijst voor deze stellingen naar de inleidende dagvaarding, punten 6 - 8, de conclusie van repliek, punt 15, de pleitnota van de advocaat van HSK ten behoeve van de zitting van 7 december 2016, punt 14, en de memorie van antwoord, punt 25.

41 Vgl. conclusie van antwoord, par. 2.8.6; memorie van grieven, punt 15.

42 Cursivering van het woord “dit” in de originele tekst van rov. 4.3.

de toerekening daarvan aan verweerders, dit oordeel onbegrijpelijk is. Volgens de klacht is het in tegenspraak met de veronderstelling waarvan het hof is uitgegaan in rov. 4.1, eerste volzin. Die veronderstelling hield immers in dat verweerders onrechtmatig hebben gehandeld jegens HSK door haar niet naar behoren te laten oproepen voor de zitting van de rechtbank waarin het faillissementsverzoek zou worden behandeld.

2.38. Deze klacht gaat mijns inziens uit van een verkeerde lezing van de bestreden overweging. In rov. 4.2 geeft het hof nog geen oordeel over de (al dan niet) onrechtmatigheid van de gedragingen van verweerders. Het hof heeft in rov. 4.2 uiteengezet waarom het de rechtbank niet volgt in haar oordeel t.a.v. de toepassing van de 'omkeringsregel'. Dat betreft alleen het oorzakelijk verband tussen het (veronderstellenderwijs door het hof aangenomen) onrechtmatige handelen van verweerders en, anderzijds, de gestelde schade.

2.39. *Subonderdeel 3.2* bouwt voort op middelonderdeel 1. Het is gericht tegen het oordeel dat de wijze waarop de oproeping (in de faillissementsprocedure in eerste aanleg) heeft plaatsgevonden, niet in de weg stond aan de uitoefening door HSK van haar recht om te worden gehoord over het ingediende verzoek tot haar faillietverklaring. Het hof heeft daartoe redengevend geacht dat de (al dan niet in strijd met het Procesreglement door verweerders verrichte) oproeping duidelijk was en dat in de aan HSK betekende oproeping een zittingsdag werd aangekondigd waarop HSK daadwerkelijk van haar verdedigingsrecht gebruik had kunnen maken. Volgens de klacht geeft dit oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting dan wel is het onbegrijpelijk om de redenen die in onderdeel 1 zijn genoemd.

2.40. Voor zover deze klacht voortbouwt op middelonderdeel 1, deelt zij het lot daarvan. Zie ik het goed, dan hangt deze kwestie samen met het geschil over hetgeen HSK had gesteld over haar telefoongesprek(ken) met de griffie. Indien verweerders in strijd met het Procesreglement eigenmachtig een zittingsdatum hadden ingevuld voordat de rechtbank na ontvangst van het verzoekschrift een zittingsdatum had bepaald, is dat weliswaar onrechtmatig jegens HSK – daar is het hof in deze aansprakelijkheidsprocedure veronderstellerwijs van uitgegaan –, maar dat betekent niet noodzakelijk dat HSK daardoor in haar verdedigingsmogelijkheden is geschaad: volgens het hof had HSK op de in het exploit aangegeven

zittingsdatum naar de rechtbank kunnen gaan, althans zich daar kunnen laten vertegenwoordigen, om verweer te voeren tegen het – in werkelijkheid pas na het uitbrengen van het exploit ingediende – faillissementsverzoek. Eerst door het door HSK gestelde telefoongesprek met de griffie zou bij de bestuurder van HSK de gedachte zijn ontstaan dat het niet nodig was om op 2 september 2014 ter zitting van de rechtbank te verschijnen. Dergelijke misverstanden behoren tot de risico's waarvoor de Hoge Raad in rov. 3.4.3 van het arrest van 5 juni 2015 waarschuwt. Maar wanneer in deze aansprakelijkheidsprocedure niet ervan kan worden uitgegaan dat het beweerde telefoongesprek met de griffie heeft plaatsgehad, zoals het hof overweegt, is het in dit subonderdeel bestreden oordeel niet onbegrijpelijk. Subonderdeel 3.2 faalt.

2.41. Met *subonderdeel 3.3* klaagt HSK over het oordeel dat de geschonden norm (namelijk art. 1.1.4.3 van het Procesreglement verzoekschriftprocedure insolventiezaken rechtbanken) ertoe strekt, te waarborgen dat HSK in staat wordt gesteld om gebruik te maken van haar recht over het verzoek tot faillietverklaring te worden gehoord. Volgens de klacht heeft het hof miskend dat deze norm een verder gaande strekking heeft, namelijk: het voorkómen dat een faillissement wordt uitgesproken zonder dat degene wiens faillissement is verzocht daarover wordt gehoord. Door een deugdelijke oproeping moet worden voorkómen dat ten onrechte een faillissement wordt uitgesproken en gepubliceerd.

2.42. De correcte oproeping van de schuldenaar voor de zitting van de rechtbank waarin het ingediende faillissementsverzoek zal worden behandeld, strekt ertoe, de betreffende schuldenaar in kennis te stellen van datum, tijd en plaats van de zitting, zodat hij in de gelegenheid wordt gesteld om zich op die zitting voor te bereiden en, desgewenst, verweer tegen het faillissementsverzoek te (laten) voeren. *Aldus* wordt zoveel mogelijk voorkómen dat de gerekwestreerde in een faillissementszaak failliet wordt verklaard zonder tevooren over dat faillissementsverzoek te zijn gehoord. Het gaat om twee zijden van dezelfde medaille. Subonderdeel 3.3 treft daarom geen doel.

2.43. *Subonderdeel 3.4* is voorwaardelijk voorgedragen: indien en voor zover het hof in rov. 4.1 en 4.2 heeft geoordeeld dat de handelwijze van [verweerders] waarbij HSK in strijd met art. 1.1.4.3 van het Procesreglement werd opgeroepen, *niet*

ertoe heeft bijdragen dat HSK niet is verschenen ter zitting van 2 september 2014, en/of niet meebrengt dat deze handelwijze niet als een onrechtmatige daad aan verweerders kan worden toegerekend, geeft het oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting omtrent causaal verband en/of omtrent toerekenbaarheid. Verder noemt HSK het bestreden oordeel onbegrijpelijk tegen de achtergrond van “de vaststaande feiten van deze zaak”. Volgens het subonderdeel geldt dit temeer indien ervan wordt uitgegaan dat de inhoud van het telefoongesprek van 22 juli 2014 ertoe heeft bijgedragen dat HSK niet ter zitting van 2 september 2014 verscheen.

2.44. Het hof heeft in rov. 4.3 overwogen dat in deze aansprakelijkheidszaak in rechte niet kan worden uitgegaan van de juistheid van de stellingen van HSK omtrent mededelingen die door de griffie van de rechtbank aan de bestuurder van HSK zouden zijn gedaan. Het door HSK gestelde gesprek met de griffie weggedacht, is de redengeving van het hof overigens niet onbegrijpelijk. Subonderdeel 3.4 faalt daarom.

2.45. *Subonderdeel 3.5* houdt het volgende in. Gelet op de gronden waarop moet worden aangenomen dat de handelwijze van verweerders onrechtmatig was – uitgaande van de veronderstelling in de eerste volzin van rov. 4.1 of uitgaande van de omstandigheden bedoeld in middelonderdeel 1 –, is HSK van mening dat het oordeel van het hof dat de *mogelijkheid* van schade als gevolg van die handelwijze niet aannemelijk is, rechtens onjuist is, althans ontoereikend gemotiveerd. Het hof gaat uit van een te strenge maatstaf omtrent de mogelijkheid van schade. Verder heeft het hof géén van de stellingen van HSK omtrent de door deze handelwijze van verweerders veroorzaakte schade kenbaar in zijn overwegingen betrokken.⁴³

2.46. In rov. 4.3 heeft het hof niet in het algemeen beslist dat niet aannemelijk is dat HSK geen schade heeft geleden als gevolg van het aanvankelijk uitgesproken en later vernietigde faillissement. Het oordeel houdt niet meer of minder in dan dat

het vereiste oorzakelijk verband tussen het *veronderstellenderwijs* aangenomen onrechtmatige handelen van verweerders – het niet op de juiste wijze oproepen van de schuldenaar – en de door HSK gestelde schade ontbreekt. Daartoe heeft het hof redengevend geacht dat in dit geding niet is komen vast te staan dat het door HSK gestelde telefoongesprek op 22 juli 2014 met de griffie heeft plaatsgevonden. Het hof overweegt aan het slot van rov. 4.3 dat de kans op schade niet aannemelijk is *voor zover* de stellingen van HSK daaromtrent zijn gestoeld op de mededelingen die in het telefoongesprek door de griffie aan de bestuurder van HSK zouden zijn gedaan. Tegen deze achtergrond behoeften de overige stellingen van HSK omtrent door haar geleden schade geen behandeling meer. Subonderdeel 3.5 faalt.

Tweede grondslag voor aansprakelijkheid: het volharderen in het faillissementsverzoek, ook na betaling van de vordering

2.47. *Onderdeel 4* is gericht tegen rov. 4.8 (geciteerd in alinea 1.7 hiervoor). Daarin verwierp het hof de stelling van HSK dat [verweerders] onrechtmatig hebben gehandeld door te volharderen in haar verzoek tot faillietverklaring, ook nadat HSK het verstek had gezuiverd en de factuur van [verweerster 1] (door een aandeelhouder van HSK) alsnog was voldaan.

2.48. *Subonderdeel 4.1* is voorwaardelijk voorgedragen. Indien het hof in rov. 4.8 van oordeel is dat [verweerster 1] in de verzetprocedure *niet* het standpunt heeft ingenomen dat het faillissement van HSK gehandhaafd diende te blijven, niettegenstaande de voldoening van haar vordering (althans van oordeel is geweest dat niet is komen vaststaan of [verweerster 1] in de verzetprocedure dat standpunt heeft ingenomen), is dat oordeel volgens de klacht onbegrijpelijk. In de uitwerking van deze klacht verwijst HSK naar het verzetvonnis van de rechtbank Noord-Nederland van 11 september 2014 (rov. 2.5), waarin werd overwogen: “Daarnaast heeft [de advocaat] ter terechtzitting gesteld dat hij blijft bij zijn verzoek nu weliswaar de vordering is betaald op zijn derdenrekening echter met de aantekening “onder protest”.⁴⁴ Vol-

43 Voor de op dat punt aangevoerde stellingen verwijst het cassatierekest naar de inleidende dagvaarding, punt 24, de conclusie van repliek, punten 9 - 13, de pleitnota van de advocaat van HSK ten behoeve van de zitting van 7 december 2016, punten 8 - 12, de memorie van antwoord, punten 2 - 6 en 37, en de pleitnota van de advocaat van HSK ten behoeve van de zitting van 4 februari 2019, punten 5 en 6.

44 Volgens HSK heeft [verweerster 1] dit standpunt in de verzetprocedure gehandhaafd tot in de procedure na verwijzing door de Hoge Raad. Het cassatierekest verwijst naar de inleidende dagvaarding, punt 1, de con-

gens het subonderdeel hebben [verweerders] in deze aansprakelijkheidsprocedure niet serieus bestreden dat in de verzetprocedure door hen naar voren is gebracht dat het uitgesproken faillissement van HSK in stand zou moeten blijven.

2.49. Deze voorwaardelijk voorgedragen klacht kan bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden. Het hof gaat in het vervolg van rov. 4.8 namelijk uit van de veronderstelling dat [verweerster 1] zich in de verzetprocedure op het standpunt heeft gesteld dat het faillissement van HSK gehandhaafd diende te blijven. Het hof is van oordeel dat, ook in dat (veronderstelde) geval, niet valt in te zien dat [verweerster 1] daarmee onrechtmatig heeft gehandeld jegens HSK of haar procesbevoegdheid heeft misbruikt.

2.50. *Subonderdeel 4.2* keert zich tegen het in rov. 4.8 gegeven oordeel dat [verweerster 1] in de verzetprocedure het standpunt mocht (blijven) innemen dat de faillietverklaring van HSK in stand moest blijven, ondanks het feit dat de vordering van aanvrager [verweerster 1] inmiddels was betaald. Volgens het subonderdeel geeft dit blijk van een onjuiste rechtsopvatting, althans is het onbegrijpelijk, omdat het hof, gelet op de omstandigheden genoemd in onderdeel 1, in dit geval had moeten beslissen dat [verweerster 1] niet had mogen volharden bij haar standpunt: op [verweerster 1] en haar advocaat rustte een rechtsplicht om actief mee te werken aan de vernietiging van het faillissement van HSK in de fase waarin dat nog mogelijk was.

2.51. In deze aansprakelijkheidsprocedure is niet vastgesteld dat de aanvraag door [verweerster 1] van het faillissement zonder redelijk belang is geschied, noch dat het verzoek is gedaan met misbruik van bevoegdheid, dan wel in strijd met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid of lichtvaardig of te kwader trouw. Daar waar subonderdeel 4.2 op de klachten van onderdeel 1 voortbouwt, deelt het in het lot van die klachten.

2.52. HSK, althans haar directeur-aandeelhouder⁴⁵, heeft de vordering van [verweerster 1] betaald op de dag vóór de mondelinge behandeling van het verzet tegen het faillissement. Omdat die betaling “onder protest” werd gedaan, heeft schuldeiser [verweerster 1] in de verzetprocedure een redelijk belang behouden bij een rechterlijke uitspraak hierover en dus ook om zich in die procedure op het standpunt te stellen dat het uitgesproken faillissement in stand diende te blijven. Zoals het hof in deze aansprakelijkheidsprocedure overweegt, stond in de verzetprocedure niet ter discussie dat de vordering van [verweerster 1] inmiddels was voldaan; het hof was daarvan op de hoogte. Voor de beoordeling van de redelijkheid van het naar voren brengen van dat standpunt is mede van belang dat destijds nog als geldend recht werd beschouwd dat, indien een faillissement is uitgesproken, de daarmee ingetreden toestand van faillissement de rechtspositie van *alle* schuldeisers bepaalt en dat daarbij past dat de appelrechter niet reeds gehouden is het vonnis van faillietverklaring te vernietigen op de enkele grond dat de schuldenaar stelt, en de aanvrager niet weerspreekt of zelfs erkent, dat het aan de rechter in eerste aanleg summierlijk gebleken vorderingsrecht van de aanvrager niet bestaat.⁴⁶ Eerst nadien, in het meergenoemde arrest van 2 juni 2015, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat deze nuancering niet op haar plaats is in het geval dat de schuldenaar niet op de aanvraag is gehoord vóórdat hij in staat van faillissement is verklaard, en de schuldenaar vervolgens verzet tegen het faillissementsvonnis doet. De rechtsklacht en de motiveringsklacht stuiten mijns inziens hierop af.

2.53. Volgens het middelonderdeel is de overweging dat (de advocaat van) [verweerster 1] kon volstaan met “zich passief op te stellen” in de verzetprocedure, in tegenspraak met de eerdere overweging van het hof.

2.54. In de direct hieraan voorafgaande passage overweegt het hof dat het zich op dit punt schaaft achter het oordeel van het Hof van Discipline (Advocatenwet) in het kader van een hierop gestelde klacht tegen de desbetreffende advocaat. Dat oordeel hield in dat de omstandigheid dat de

clusie van repliek, punten 5 en 16, de pleitnota van de advocaat van HSK ten behoeve van de zitting van 7 december 2016, punten 5 en 15, de memorie van antwoord, punt 32, het tussenarrest van het hof’s-Hertogenbosch van 17 september 2015, rov. 3.8 - 3.9, en het eindarrest van dat hof van 3 maart 2016, rov. 7.4.3.3.

45 HSK zelf kon, als gevolg van het faillissement, geen betalingen aan schuldeisers meer verrichten.

46 HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY6204, NJ 2006/610.

bestuurder van HSK de dag vóór de zitting in verzet [verweerster 1] liet betalen, de advocaat niet noopte om actief mee te werken aan de opheffing van het faillissement. Het hof overweegt in dat verband onder meer dat de advocaat niet de advocaat van (de bestuurder van) HSK was en dat de bestuurder bovendien in de tuchtprocedure niet heeft gesteld dat hij van de advocaat de intrekking van het faillissementsrekest verlangde. Deze overweging wordt in dit cassatiemiddel niet bestreden.

2.55. Subonderdeel 4.2 klaagt ten slotte dat de overweging in rov. 4.8 dat “beide partijen destijds nog onbekend waren met de (...) hiervoor weergegeven nuancering van de Hoge Raad voor verstekzaken”, blijk geeft van een verkeerde rechtsopvatting aangaande de werking van een uitspraak van de Hoge Raad. Behoudens gevallen waarin de Hoge Raad zelf overwegingen van overgangsrrechtelijke aard in zijn arrest of beschikking opneemt, staat met de uitspraak van de Hoge Raad de inhoud van het recht vast zoals het gold ten tijde van de gebeurtenissen die aanleiding gaven tot de desbetreffende uitspraak. Daarbij komt, aldus de klacht, dat het hof miskent dat de Hoge Raad in zijn arrest van 5 juni 2015 nu juist had bepaald dat in een geval als het onderhavige de hoofdregel – toetsing *ex nunc* – geldt, en niet de nuancering die in het arrest van HR 10 november 2006 (ECLI:NL:HR:2006:AY6204) daarop is aangebracht.

2.56. Bij deze klacht mist HSK belang, omdat de slotzin van rov. 4.8 uitsluitend betrekking heeft op de (in de voorafgaande zinnen aan de orde gestelde) vraag of *feitelijk* juist is dat de bestuurder van HSK van de advocaat van [verweerster 1] had verlangd dat deze het faillissementsrekest introk. In deze volzin gaat het dus niet om de vraag of verweerders aansprakelijk kunnen worden gesteld wanneer het door hen in rechte ingenomen standpunt niet verenigbaar is met de in het arrest van 5 juni 2015 onder woorden gebrachte rechtsregel. Ook subonderdeel 4.2 faalt.

2.57. Nu geen van de onderdelen slaagt, dient het principaal cassatieberoep te worden verworpen.

3. Bespreking van het incidenteel cassatieberoep

3.1. Het incidenteel cassatieberoep is ingesteld onder de voorwaarde dat het principaal cassatieberoep geheel of gedeeltelijk slaagt. Aan deze voorwaarde is naar mijn mening niet voldaan. Voor het geval dat de Hoge Raad daarover anders

oordeelt, volgt hier een korte bespreking van het incidenteel cassatiemiddel.

3.2. *Onderdeel 1* van het incidenteel middel is gericht tegen hetgeen het hof in rov. 4.1 - 4.4 heeft overwogen. De relevante gedeelten van deze overwegingen zijn al weergegeven in alinea 1.5 hiervoor. In deze overwegingen is het hof ingegaan op de vraag of de onjuiste oproeping voor de zitting van de rechtbank in de faillissementsprocedure tot schade voor HSK heeft geleid.

3.3. *Subonderdeel 1.1* neemt tot uitgangspunt dat het hof de tweede grief van [verweerders] in de aansprakelijkheidsprocedure aldus heeft opgevat dat [verweerders] in appel niet (tevens) hebben bestreden het oordeel van de rechtbank dat zij onrechtmatig hebben gehandeld door HSK in de faillissementsprocedure niet naar behoren op te roepen. Volgens de klacht is die uitleg van de grief onbegrijpelijk, omdat [verweerders] hadden gesteld met hun tweede grief mede op te komen tegen rov. 4.10 en 4.11 van het eindvonnis, waarin de rechtbank had beslist dat verweerders onrechtmatig hebben gehandeld jegens HSK.⁴⁷ Ter toelichting op deze motiveringsklacht wijzen [verweerders] erop dat zij in deze aansprakelijkheidsprocedure in hoger beroep hadden aangevoerd: (i) dat aan [verweerster 1] als schuldeiser de nodige vrijheid toekwam om betaling af te dwingen en zij zich daarbij in beginsel niet om de belangen van HSK behoefde te bekommeren; (ii) dat de advocaat de belangen van zijn cliënte behoorde te laten prevaleren boven die van de wederpartij HSK; (iii) dat deze wijze van oproeping de goedkeuring had van de rechtbank en het gerechtshof; (iv) dat het betekende oproepingsexploot duidelijk vermeldde dat HSK op 2 september 2014 ter zitting diende te verschijnen.⁴⁸

Althans heeft het hof, zo klaagt *subonderdeel 1.2*, het hier bestreden oordeel ontoereikend gemotiveerd, door niet kenbaar acht te slaan op deze stellingen van [verweerders]. Bovendien is de redengeving volgens de klacht innerlijk tegenstrijdig, nu het hof enerzijds overweegt dat grief II slaagt (zie rov. 4.4) en tegelijk uitgaat van de veronderstelling dat [verweerders] onrechtmatig jegens HSK hebben gehandeld (rov. 4.1), hetgeen

47 [verweerders] verwijzen naar de memorie van grieven, punten 44, 61 en 63.

48 Zie de memorie van grieven, punten 58 - 62.

met de tweede grief nu juist door hen werd bestreden.

Subonderdeel 1.3 houdt in dat het hof bovendien uit het oog heeft verloren dat in de in subonderdeel 1.1 onder (ii) en (iii) genoemde stellingen van [verweerders] besloten ligt dat, voor zover al sprake zou zijn van onrechtmatig handelen van [verweerster 1] c.s., voor dat handelen een rechtvaardigingsgrond bestond.

3.4. Deze klachten lenen zich voor een gezamenlijke behandeling. Zij falen. Het hof is slechts *veronderstellenderwijs* ervan uitgegaan dat [verweerders] onrechtmatig hebben gehandeld door HSK niet naar behoren op te roepen voor de zitting van de rechtbank in de faillissementsprocedure (rov. 4.1, eerste volzin). Het hof heeft vervolgens de vraag besproken of het *veronderstelde* onrechtmatig handelen tot schadevergoeding verplicht. Die vraag heeft het hof ontkennend beantwoord, omdat naar het oordeel van het hof het vereiste oorzakelijk verband ontbreekt tussen het niet naar behoren oproepen en de gestelde schade als gevolg van het faillissement.

3.5. *Onderdeel 2* van het incidenteel middel verwijt het hof dat het (bij de feitenvaststelling en bij de beoordeling of de onjuiste oproeping van HSK voor de zitting tot schade heeft geleid) ten onrechte niet is ingegaan op een essentiële stelling van [verweerders], namelijk: de stelling dat zij in een e-mail aan HSK van 25 augustus 2014 (dus *nadat* op 22 juli 2014 het beweerde gesprek tussen HSK en de griffie van de rechtbank zou hebben plaatsgevonden) heeft bevestigd dat haar verzoek tot faillietverklaring van HSK inmiddels aanhangig was gemaakt bij de rechtbank en dat de zitting van 2 september 2014 gewoon doorgang zou vinden.⁴⁹

3.6. Het hof heeft in rov. 4.2 overwogen dat de wijze waarop de oproeping van HSK voor de zitting heeft plaatsgevonden, *niet* in de weg heeft gestaan aan de uitoefening door HSK van haar recht om op het verzoek tot faillietverklaring te worden gehoord: “*Die oproeping was immers duidelijk, en daarin werd een datum aangekondigd waarop HSK daadwerkelijk van dit recht gebruik had kunnen maken.*” In deze redenering behoeft het hof niet uitdrukkelijk in te gaan op de stelling die in dit middelonderdeel is bedoeld. Daarom

faalt deze klacht. Indien onderdeel 3 van het principaal cassatieberoep van HSK zou slagen, dat tegen deze redenering van het hof is gericht, kan de betreffende stelling van [verweerders] in de procedure na verwijzing alsnog aan de orde komen.

4. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het principaal cassatieberoep.

Hoge Raad

1. Procesverloop

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

- a. de vonnissen in de zaak C/18/162385 / HA ZA 15-248 van de rechtbank Noord-Nederland van 10 februari 2016 en 8 februari 2017;
- b. de arresten in de zaak 200.211.957/01 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 22 mei 2018 en 9 april 2019.

(...; *red.*)

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten en omstandigheden vermeld in de conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal onder 1.1. Deze komen, kort samengevat, op het volgende neer.

(i) HSK exploiteert een keten van kledingwinkels.
 (ii) [verweerster 1] heeft in 2013 bouwproducten aan HSK geleverd en daarvoor een bedrag van € 5.900,93 in rekening gebracht aan HSK. De rekening bleef ondanks sommatie onbetaald. Verweerder in cassatie onder 2 is de advocaat van [verweerster 1] (hierna: de advocaat).

(iii) Bij brief van 8 juli 2014 heeft de advocaat namens [verweerster 1] aan HSK een concept-verzoekschrift tot faillietverklaring toegestuurd, met de mededeling dat bij uitblijven van betaling het verzoekschrift bij de rechtbank zou worden ingediend.

(iv) Met een deurwaardersexploot van 22 juli 2014 heeft de advocaat namens [verweerster 1] HSK laten oproepen tegen de zitting van de rechtbank van 2 september 2014 te 10.00 uur, teneinde te worden gehoord op het verzoekschrift tot faillietverklaring.

(v) Het verzoekschrift tot faillietverklaring is op 20 augustus 2014 bij de rechtbank ingediend.

⁴⁹ Het middelonderdeel verwijst naar de memorie van grieven, punten 9, 48, 62 en 73, alsmede naar prod. 6 bij de conclusie van antwoord.

(vi) HSK is ter zitting van 2 september 2014 niet verschenen. Zij is bij vonnis van diezelfde dag door de rechtbank failliet verklaard.

(vii) Op 3 september 2014 is HSK bij de rechtbank in verzet gekomen tegen het faillissementsvonnis. De mondelinge behandeling van het verzetschrift heeft plaatsgevonden op 9 september 2014. Een dag eerder heeft de aandeelhouder van HSK “onder protest” een bedrag van € 7.908,35 aan de advocaat betaald, in mindering op de vordering van [verweerster 1].

(viii) Bij vonnis van 11 september 2014 heeft de rechtbank het verzet van HSK ongegrond verklaard.

(ix) HSK heeft tegen het vonnis op verzet hoger beroep ingesteld. Het hof heeft het vonnis bekrachtigd.⁵⁰

(x) Daartegen heeft HSK beroep in cassatie ingesteld. De Hoge Raad heeft het arrest van het hof vernietigd en de zaak ter verdere behandeling en beslissing verwezen naar een ander hof.⁵¹

(xi) Na verwijzing heeft het hof vastgesteld dat de vordering van [verweerster 1] niet meer bestond toen de uitspraak op het verzet werd gedaan. Daarmee was [verweerster 1] niet (meer) bevoegd om het faillissement aan te vragen. Om die reden dient het faillissement te worden vernietigd en komt de vraag of HSK in de toestand verkeert van te hebben opgehouden te betalen niet aan de orde. Vervolgens heeft het hof de hiervoor onder (vi) en (viii) genoemde vonnissen van 2 september 2014 en 11 september 2014 vernietigd en het verzoek tot faillietverklaring van HSK afgewezen.⁵² Bij eindarrest heeft het hof de faillissementskosten en het salaris van de curator vastgesteld op € 160.000,- en bepaald dat dit bedrag voor 1/4 deel ten laste komt van HSK en voor 3/4 deel ten laste van [verweerster 1].⁵³

2.2. In deze procedure vordert HSK onder meer een verklaring voor recht dat [verweerders] aansprakelijk zijn voor de schade die HSK lijdt ten gevolge van het feit dat haar faillissement is uitge-

sproken en later is vernietigd. De rechtbank heeft de vorderingen van HSK toegewezen.⁵⁴

2.3. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en de vorderingen alsnog afgewezen.⁵⁵ Het hof heeft daartoe onder meer als volgt overwogen:

“De vraag of het vergeefs aanvragen van faillissement leidt tot aansprakelijkheid

4.6 Primair heeft HSK aangevoerd dat [verweerders] gehouden zijn schade van HSK te vergoeden die zij heeft geleden doordat het hof Den Bosch het vonnis heeft vernietigd waarbij HSK in staat van faillissement is verklaard. Volgens HSK komen de consequenties daarvan ‘als te doen gebruikelijk’ voor rekening van de in het ongelijk gestelde partij (...). Een dergelijk standpunt vindt geen steun in het recht. Een vordering is op deze grond alleen toewijsbaar als sprake is van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen in de zin van artikel 3:13 BW. Daarvan kan sprake zijn als het aanvragen van het faillissement, gelet op de evidente kansloosheid ervan achterwege behoorde te blijven, met het oog op de daarbij betrokken kenbare en zwaarwegende belangen van HSK. Daarvan zou sprake zijn als [verweerster 1] feiten of omstandigheden aan haar verzoek ten grondslag had gelegd waarvan zij de onjuistheid kende of behoorde te kennen of stellingen waarvan zij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden (vergelijk HR 29 juni 2007, NJ 2007/353). Voor dat alles is geen onderbouwing gegeven. In tegendeel, uit de processtukken blijkt dat [verweerster 1] HSK bij herhaling heeft aangemaand en ook haar voornemen faillissement aan te vragen ruim van te voren kenbaar heeft gemaakt. Al die tijd is een inhoudelijke reactie van de kant van HSK uitgebleven en bleef de rekening onbetaald. Onbestreden is bovendien dat [verweerster 1] haar faillissementsverzoek mede kon baseren op een steunvordering.”

3. Beoordeling van het middel in het principale beroep

3.1. Onderdeel 1.2 van het middel klaagt dat het hof in rov. 4.6 blijkt heeft gegeven van een onjuiste

50 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:7804.

51 HR 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1473.

52 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 17 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3641.

53 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 3 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:887.

54 Rechtbank Noord-Nederland 8 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:381.

55 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3167.

rechtsopvatting, omdat moet worden aangenomen dat degene op wiens aanvraag het faillissement van de schuldenaar wordt uitgesproken, in beginsel onrechtmatig handelt en schadeplichtig is wanneer het faillissementsvonnis vervolgens na het aanwenden van een rechtsmiddel wordt vernietigd. HSK bepleit een toepassing naar analogie van de vaste rechtspraak voor het geval dat een uitspraak ten uitvoer wordt gelegd die naderhand op een rechtsmiddel wordt vernietigd.

3.2. De klacht is ongegrond omdat zij uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting. Het geval dat een aanvrager een faillissement uitlokt dat op een rechtsmiddel wordt vernietigd, kan niet op een lijn worden gesteld met het geval dat een conservatoir beslag wordt gelegd dat niet wordt gevolgd door de toewijzing van de vordering waarvoor het beslag is gelegd, of met het geval dat een uitspraak ten uitvoer wordt gelegd die naderhand op een rechtsmiddel wordt vernietigd, in welke gevallen de beslaglegger of de executant aansprakelijk is uit onrechtmatige daad jegens degene op wie het beslag of de executie inbreuk heeft gemaakt.⁵⁶ Het uitspreken van het faillissement betreft immers geen rechtsuitoefening door de aanvrager, maar een beslissing van de rechter, ten behoeve van allen die bij het vermogen van de schuldenaar belang hebben, die hij geeft in het geval dat hem blijkt dat de schuldenaar heeft opgehouden te betalen (art. 1 lid 1 Fw). Daarmee strookt dat de aanvrager van een faillissement alleen aansprakelijk is voor een faillissement dat op een rechtsmiddel wordt vernietigd, indien hij wist of behoorde te weten dat geen grond bestond voor het uitspreken daarvan dan wel hij anderszins met de aanvraag misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt.

3.3. De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

3.4. Het incidentele beroep, dat is ingesteld onder de voorwaarde dat het middel in het principale beroep tot vernietiging van het arrest van het hof

leidt, behoeft gelet op hetgeen hiervoor is overwogen geen behandeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

- verwerpt het principale beroep;
- veroordeelt HSK in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerders] begroot op € 882,34 aan verschotten en € 2.200,- voor salaris.

NOOT

1. In tegenstelling tot onze buurlanden kent het Nederlandse recht geen algemene bepalingen die de aansprakelijkheid beschrijven voor ten onrechte gelegde conservatoire beslagen, of executie van rechterlijke uitspraken die nadien worden vernietigd (uitgezonderd specifieke bepalingen als 729c Rv (luchtvaartuigen) en 1029g Rv (IE-rechten), maar deze zijn via implementatie van verdragen en richtlijnen in het Wetboek van Rechtsvordering terecht gekomen). Hetzelfde geldt voor de aansprakelijkheid wanneer wel een bevoegdheid bestaat tot het treffen van conservatoire of executorialle maatregelen, maar de vraag is of hier misbruik van is gemaakt. De afgelopen decennia heeft de Hoge Raad een aantal arresten gewezen dat tezamen een beoordelingskader vormt voor dit domein. Kort samengevat is dit kader als volgt. Zowel een conservatoir beslag ter verzekering voor een nadien geheel afgevoerde vordering, als (dreiging met) executie van een nadien vernietigde rechterlijke uitspraak, resulteert volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad in een 'risicoaansprakelijkheid', die berust op een onrechtmatige daad, die de beslaglegger of executant wordt toegerekend (ik laat de discussies of en hoe deze 'risicoaansprakelijkheid' in het wettensysteem past hier buiten beschouwing, zie de conclusie van A-G Langemeijer sub 2.7 voor het hier besproken arrest en de aldaar aangehaalde literatuur, Asser Procesrecht Steneker 5 2019/429 en hoofdstuk 3 van G.J.P. Molkenboer, *Aansprakelijkheid na ten onrechte gelegd conservatoir beslag*, diss. UU, Zutphen: Paris 2020). Vergelijk onder meer HR 13 januari 1995, NJ 1997/366, m.nt. Brunner (*Ontvanger/Bos*), respectievelijk HR 19 februari 1999, NJ 1999/367 en HR 1 april 2016, «JBPr» 2016/58 (*Duck/Hager*). Wordt de vordering waarvoor conservatoir be-

⁵⁶ Zie onder meer HR 8 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB6196 (beslag), en HR 19 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5863 (tenuitvoerlegging).

slag is gelegd *deels* afgewezen, dan geldt deze regel niet, maar moet de vraag of de beslaglegger voor de gevolgen van het voor een te hoog gelegd beslag aansprakelijk is worden beantwoord aan de hand van de criteria die gelden voor misbruik van recht (art. 3:13 BW) (zie HR 11 april 2003, «JBPR» 2004/14, m.nt. Van Hees (*Hoda International/Mondi Foods*)).

2. Het per 1 oktober 2020 ingevoerde nieuwe derde lid van art. 441 Rv bepaalt dat het niet toegestaan is executoriaal beslag te leggen op *zaken* indien voorzienbaar is dat er met de executie ervan geen netto-opbrengst voor de beslaglegger resteert, tenzij de schuldeider aannemelijk kan maken dat de schuldenaar niet op onevenredig zware wijze in zijn belangen wordt getroffen. In de praktijk heerst her en der de gedachte dat – geparafraseerd – de executerende beslaglegger steeds misbruik van zijn recht maakt wanneer hij bij executie van het beslagen goed ‘nimmer aan de beurt komt’. Deze gedachte heeft mogelijk aan kracht gewonnen, doordat aanvankelijk bij de behandeling van het wetsvoorstel tot herziening van het Beslag – en executierecht, dat tot dit derde lid van art. 441 Rv heeft geleid, deze nieuwe bepaling een generiek karakter leek te krijgen. Het is echter een onjuiste gedachte. Ik voeg aan hierboven aangehaalde jurisprudentie dan ook de ex art. 81 RO gewezen uitspraak van de Hoge Raad van 11 februari 2011, *RvdW* 2011/261, toe. Daaruit volgt dat de houder van een executoriale titel niet zonder meer misbruik van recht maakt wanneer de executie voor hem geen netto-opbrengt kan opleveren, wanneer moet worden aangenomen dat de debiteur over voldoende (andere) middelen beschikt om de vordering te voldoen. Het hier besproken arrest past dan ook in de lijn van de Hoge Raad om de ‘risicoaansprakelijkheid’, op grond van een onrechtmatige daad, uitsluitend te reserveren voor de zuivere situaties van (i) een conservatoir beslag waarbij de vordering waarvoor dit beslag is gelegd geheel wordt afgewezen, en (ii) de dreiging met) executie van een gerechtelijke uitspraak die nadien wordt vernietigd.

3. In de zaak die tot dit arrest heeft geleid ging het in essentie om de vraag of de aanvrager van een faillissement onrechtmatig handelt en verplicht is om schade te vergoeden, wanneer het vonnis waarin het faillissement is uitgesproken wordt vernietigd. De gewezen gefailleerde beriep zich daarbij op (analoge toepassing van) de juris-

prudentie van de Hoge Raad over ten onrechte gelegd conservatoir beslag en/of tenuitvoerlegging van een uitspraak die nadien wordt vernietigd. De Hoge Raad verwerpt deze door de gewezen gefailleerde voorgestane analoge toepassing, in een kernachtige overweging, zie sub 3.2. van het arrest: ‘(...) Het geval dat een aanvrager een faillissement uitlokt dat op een rechtsmiddel wordt vernietigd, kan niet op een lijn worden gesteld met het geval dat een conservatoir beslag wordt gelegd dat niet wordt gevolgd door de toewijzing van de vordering waarvoor het beslag is gelegd, of met het geval dat een uitspraak ten uitvoer wordt gelegd die naderhand op een rechtsmiddel wordt vernietigd, in welke gevallen de beslaglegger of de executant aansprakelijk is uit onrechtmatige daad jegens degene op wie het beslag of de executie inbreuk heeft gemaakt.’ De Hoge Raad legt hieraan de volgende, puntig geformuleerde, overweging ten grondslag: ‘(...) Het uitspreken van het faillissement betreft immers geen rechtsuitoefening door de aanvrager, maar een beslissing van de rechter, ten behoeve van allen die bij het vermogen van de schuldenaar belang hebben, die hij geeft in het geval dat hem blijkt dat de schuldenaar heeft opgehouden te betalen (art. 1 lid 1 Fw).’

4. Een essentieel verschil met het conservatoir en executoriaal beslag is dat de aanvrager van een faillissement niet op eigen titel zekerheid voor verhaal, of voldoening van zijn vordering, nastreeft, maar de rechterlijke vaststelling van een *toestand*: de toestand dat de schuldenaar heeft opgehouden te betalen. Het is, zoals de Hoge Raad in de hiervoor geciteerde overweging stelt, ‘geen rechtsuitoefening door de aanvrager’. In veel gevallen – zo niet de meeste – heeft de aanvrager van het faillissement, als dat faillissement daadwerkelijk wordt uitgesproken, niets van het faillissementsvermogen te verwachten. Dat neemt overigens niet weg dat de aanvrager een individueel belang *kán* hebben bij de rechterlijke vaststelling van de toestand ex art. 1 lid 1 Fw. Dat belang is er echter doorgaans in gelegen dat de (tijdige) vaststelling van deze toestand noodzakelijk is om *rechten tegen derden* geldend te maken, zoals die ten opzichte van een kredietverzekeraar of – in het geval van een faillissementsaanvraag door werknemers – het UWV.

5. De Hoge Raad overweegt in dit arrest dat dat de aanvrager van een faillissement alleen aansprakelijk is voor een faillissement dat op een

rechtsmiddel wordt vernietigd, indien hij wist of behoorde te weten dat geen grond bestond voor het uitspreken daarvan dan wel hij anderszins met de aanvraag misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt. Evenals het hof Arnhem-Leeuwarden in zijn ter cassatie voorliggende arrest had gedaan, stoelt de Hoge Raad het beoordelingskader daarmee op art. 3:13 BW, en uitdrukkelijk niet op art. 6:162 BW.

6. Denkbaar is dat niet de beslissing tot het uitspreken van het faillissement wordt aangetast, maar wel de vordering van de aanvrager, waarvoor het faillissement is aangevraagd, nadien in rechte wordt afgewezen. Deze afwijzing kan, wanneer er ten tijde van het uitspreken van het faillissement reeds over deze vordering werd geprocedeerd, volgen uit een rechterlijke uitspraak in een door de gefailleerde zelf – buiten de boedel – voortgezette procedure (vergelijk art. 28 lid 4 Fw), of een door de curator overgenomen procedure. Was er nog geen procedure ahangig gemaakt, dan kan de vordering van de aanvrager sneuvelen in de renvooiprocedure ex art. 122 Fw. Uit de overwegingen van de Hoge Raad in het hier besproken arrest volgt naar mijn mening dat alsdan evenmin ruimte bestaat voor analoge toepassing van de (risico)aansprakelijkheid na een ten onrechte gelegd conservatoir beslag, of executie op basis van een nadien vernietigde uitspraak. Ook in een dergelijke situatie wijst art. 3:13 BW de weg. Bij de vraag of er misbruik van bevoegdheid is gemaakt kan dan vanzelfsprekend een rol spelen of de aanvrager wist of behoorde te weten dat zijn vordering in rechte zou worden afgewezen.

mr. dr. G.J.P. Molkenboer
advocaat bij Lauxtermann advocaten te Amsterdam

12

Gevolgen onjuiste naamsvermelding in appeldagvaarding

Hoge Raad
11 december 2020, nr. 19/03625,
ECLI:NL:HR:2020:2009
(mr. Kroeze, mr. Sieburgh, mr. Lock)
(Concl. A-G Vlas)
Noot mr. dr. T. van Malssen, mr. R.M. Andes

Verkeerde naamsvermelding. Uitleg van een appellexploot.

[Rv art. 332; BW art. 3:33, 3:34, 3:35, 3:59]

Een rechtsmiddel moet niet alleen tijdig, maar ook tegen de juiste partij worden ingesteld. Een kennelijke fout bij de naamsvermelding in een exploit heeft enkel fatale gevolgen als de wederpartij daardoor op onredelijke wijze in haar belangen is geschaad. Daarvan is niet reeds sprake als de wederpartij pas na het verstrijken van de beroepstermijn van het ingestelde rechtsmiddel op de hoogte is geraakt.

Call2Collect B.V. te Amsterdam,
EISERES tot cassatie,
hierna: Call2Collect,
advocaten: T.T. van Zanten en I.M.A. Lintel,
tegen

1. *Arvato Finance B.V.*, handelend onder de naam Afterpay, te Heerenveen,
hierna: Afterpay,
2. *Arvato Finance International B.V.* te Heerenveen, hierna: AFI,
verweersters in cassatie,
hierna gezamenlijk: Afterpay c.s.,
advocaat: S.M. Kingma.

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Vlas)

Tussen Call2Collect en Afterpay is een vonnis gewezen. Call2Collect heeft vervolgens abusievelijk niet Afterpay maar haar moederverenootschap AFI in hoger beroep gedagvaard. Het hof heeft het verzoek van Call2Collect afgewezen om de