

Herroeping van faillissementsuitspraken

Mr. D. Kohelet*

1. Inleiding

Van de verschillende rechtsmiddelenverboden die ons civiele procesrecht kent, is de op vaste jurisprudentie geënte onmogelijkheid om in herroeping te gaan van faillissementsuitspraken, een buitengewoon interessante. Dit buitengewone rechtsmiddel en opvolger van *request-civiel*¹ is neergelegd in art. 382 e.v. Rv en maakt het in (zeer) uitzonderlijke gevallen mogelijk om het geding dat tot de uitspraak heeft geleid te laten heropenen en een heroverwogen gerechtelijk oordeel te verkrijgen. Dat kan uitsluitend wanneer (a) de uitspraak blijkt te berusten op bedrog van de wederpartij, (b) de uitspraak blijkt te berusten op stukken waarvan de valsheid na de uitspraak is erkend of bij gewijsde is vastgesteld of (c) na de te herroepen uitspraak stukken van beslissende aard zijn opgedoken die door de wederpartij zijn achtergehouden (art. 382 Rv aanhef en onder a-c Rv²). Herroeping is naar haar aard 'een door de rechtvaardigheid gevorderde laatste mogelijkheid tot correctie op de uit de eis van rechtszekerheid voortvloeiende, ten slotte aan rechterlijke uitspraken verbonden onaantastbaarheid',³ kortom het *lites finiri oportet*-beginsel. Het moet dan ook 'werkelijk om ernstige inbreuken op de rechtvaardigheid' gaan, zodat toelating van dit buitengewone rechtsmiddel uiterst terughoudend dient te zijn.⁴

De rechtsopvatting dat herroeping niet dient open te staan tegen faillissementsuitspraken, vindt haar inhoudelijke basis in een tweetal standaardarresten van de Hoge Raad, HR 14 juni 1912, W. 9361 (*Volbers/Nolet*) en HR 9 december 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4709, NJ 1984/384, m.nt. W.H. Heemskerk (*Zuiderwijk/NMB*) en is met twee latere arresten van 2003 respectievelijk 2004 (impli-

ciet) bevestigd.⁵ Die laatste twee betroffen een 81 Wet RO-geval respectievelijk een arrest waarin een andere rechtsvraag centraal stond maar waarin ons hoogste rechtscollege het terecht oordeelde dat desbetreffend cassatiemiddel geen klacht bevatte tegen het – aan de opgeworpen rechtsvraag voorafgaande – ontvankelijkheidsoordeel van de feitenrechter dat erop neerkwam dat herroeping tegen faillissementsuitspraken niet openstaat. Verder vallen de conclusies bij deze twee arresten, beide van A-G Wesseling-van Gent,⁶ en ook één van A-G Rank-Berenschot bij een ander arrest (een verzetzaak van 2018,⁷ te beschouwen als belangrijke elementen van de heersende leer. Ook is er een reeks sinds de eeuwwisseling door gerechtshoven gewezen arresten.⁸ Die laat de vooralsnog onwrikbare vigeur van deze jurisprudentie zien, maar ook het feit dat in haar weerwil kennelijk met enige regelmaat pogingen worden ondernomen om een faillissementsuitspraak herroepen te krijgen. Pogingen die in een enkel geval een beroep op art. 6 EVRM bevatten maar voor het overige, voor zover daar zicht op is, niet gepaard leken te gaan met een (uitvoerige) juridische argumentatie.⁹ Het EVRM-aspect laat ik in deze bijdrage overigens buiten beschouwing. Van de zonet door mij bedoelde arresten verdient het arrest van het hof 's-Hertogenbosch van 6 september 2018 (nader: *X/Holding*) bijzondere aandacht, nu een rechterlijk college hierin, voor het eerst sinds 1983, de heersende leer in zijn eigen woorden heeft weergegeven, waarmee het tot een soort standaardarrest is geworden. Ook is het arrest van 29 juli

* Daniel Kohelet is advocaat bij Van de Riet Advocaten te Utrecht.

- Ook wel *rekest-civiel* geheten. De wet bleef tot het laatst (dus t/m 2021) spreken van *request-civiel*, maar met name in de tweede helft van de twintigste eeuw werden beide spellingswijzen in literatuur en jurisprudentie door elkaar gebruikt. Een enkele keer duiken de termen *herziening* en *revisie* op, die mij minder juist lijken en ook onwenselijk gezien de verwarring met onder meer de met herroeping corresponderende publiekrechtelijke rechtsmiddelen (vgl. voetnoot 21).
- Overigens moet onder het woord 'vonnis' in art. 382 aanhef Rv ook 'arrest' worden verstaan, dit is een omissie van de wetgever (vgl. *Kamerstukken II* 2014/15, 34138, nr. 3, p. 37).
- Th.B. ten Kate & M.M. Korsten-Krijnen, *Herroeping, verbetering en aanvulling van burgerrechtelijke uitspraken*, Deventer: Kluwer 2013, p. 4.
- Idem.
- HR 7 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3076 en HR 1 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ8179 (*Solleveld/GML Bebeer*).
- Concl. A-G E.M. Wesseling-van Gent, ECLI:NL:PHR:2003:AF3076, voor HR 7 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3076 alsook ECLI:NL:PHR:2004:AQ8179, voor HR 1 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ8179 (*Solleveld/GML Bebeer*).
- Concl. A-G E.B. Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2018:417, voor HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1100.
- Resp. Hof Arnhem 22 juli 2002, ECLI:NL:GHARN:2002:AE5872; Hof Leeuwarden 10 augustus 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BN3957; Hof 's-Hertogenbosch 6 september 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3695; Hof Arnhem-Leeuwarden 2 februari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:968 en Hof 's-Hertogenbosch 29 juli 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2386. Het arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden uit 2021 betrof overigens geen volwaardig herroepingsverzoek/-vordering maar een appelprocedure, en '[alleen] al daarom [konden] de grieven gericht op herroeping van de faillissementsvonnissen niet slagen' (r.o. 3.5), wat onverlet laat dat het hof zich inhoudelijk aansluit bij de vigerende jurisprudentie ter zake.
- Meest zichtbare uitzondering hierop lijkt, voor zover dat aan de hand van de inhoud van arresten te beoordelen valt, de zaak te zijn die tot het hierna aan bod komende arrest *BV c.s./LTD* (hof 's-Hertogenbosch, 2021) heeft geleid.

2021 van datzelfde hof¹⁰ (nader: *BV c.s./LTD*) van belang. Tegen dat arrest loopt thans cassatie,¹¹ wat betekent dat de Hoge Raad thans sinds betrekkelijk lange tijd weer aan zet is.

De Raad zal zich andermaal voor de vraag gesteld zien naar de houdbaarheid van deze jurisprudentie. Is het heden ten dage nog altijd rechtens uit te leggen dat het met herroeping beoogde doel van het bieden van rechtsherstel bij ernstige rechtsinbreuken niet van toepassing moet worden geacht op uitspraken gewezen op faillissementsverzoeken of -aangiften? Zodra we de relevante rechtsoverwegingen door de jaren heen ontleden en afzetten tegen relatief recente wijzigingen van – met name – het rechtsmiddel herroeping, zal blijken dat in dezelfde mate als het door de Hoge Raad in 1912 geïntroduceerde herroepingsverbod begrijpelijk was, zo onbegrijpelijk het thans nog in leven houden daarvan is.

2. Plan van aanpak

In paragraaf 3 vang ik aan met een korte weergave van de geldende rechtspraak. Vervolgens neem ik de vlucht naar voren door in paragraaf 4 te bespreken hoe de regeling van het rechtsmiddel en zijn gronden er vóór 1 januari 2002 uitzagen en, in paragraaf 5, weer te geven hoe ingrijpend het rechtsmiddel sedert 1 januari 2002 is veranderd in voor deze materie relevant opzicht. Dan sta ik stil bij de meer recente jurisprudentie van hoven die ik zonet al aanstipte (paragraaf 6), hoewel facetten daarvan ook nog in de latere paragrafen aan bod zullen komen. In paragraaf 7 ga ik in op het feit dat ook beschikkingen sinds 2002 herroepbaar zijn en de betekenis daarvan voor onderhavig vraagstuk. Dan volgen er enkele paragrafen (8-10) waarin enkele specifieke bouwstenen van de vigerende jurisprudentie aan een kritische toets zullen worden onderworpen. In paragraaf 11 staan de opvattingen van twee auteurs – Molengraaff en Ten Kate – centraal die binnen deze bijdrage niet kunnen missen. In paragraaf 12 volgen enkele aantekeningen bij het Bossche arrest van 2021. De daaropvolgende paragraaf 13 ziet op enkele perikelen omtrent de juiste rechtsingang van een herroepingsvordering in Fw-zaken. In paragraaf 14 zal geconcludeerd worden dat de geldende jurisprudentie anno 2022 failliet moet worden beschouwd en dat voor haar herroeping het nodige te zeggen valt.

3. De vigerende rechtspraak

In 1912 was faillietverklaring volgens de Hoge Raad (*Volbers/Nolet*), zoals Heemskerk in zijn noot bij *Zuidderwijk/NMB* opmerkt,¹² oneigenlijke rechtspraak. Een faillissementsvonnis was geen ‘vonnis tusschen gedingvoerende partijen’ en betrof niet een geschil omtrent hun rechten. Er werd tenslotte een algemeen beslag op het vermogen van de failliet uitgesproken en bovendien was de rechter – toen nog – vrij om de schuldenaar al dan niet te horen, aldus steeds de Hoge Raad. Ook overwoog de Raad hiertoe nog dat faillissement

‘ook door den schuldenaar zelven en zelfs door het O.M. kan worden uitgelokt [en] dat des failliets rechtsverhouding ten aanzien van eenen bepaalden schuldeischer gemeenlijk wordt vastgesteld niet door den rechter, maar ter verificatie-vergadering, waar hij alle overige schuldeischers tegenover zich heeft en alsdan de tusschenkomst des rechters zóózeer op den achtergrond treedt, dat zelfs de schuldeischer die de faillietverklaring aanvraag en in-gevolge art. 6 der Faillissementswet door den rechter als een schuldeischer was aangemerkt, desniettemin, zich aan verificatie moet onderwerpen en aan afwijzing van zijn vorderingsrecht bloot staat’.

Deze overwegingen, waarbij Heemskerks zeventig jaar latere annotatie tot bruikbare handleiding strekt, komen erop neer dat het de Hoge Raad erom ging dat het faillissementsrecht van openbare orde is en niet of onvoldoende contentieus van aard om in aanmerking te komen voor het toenmalige *request-civil*.¹³ In 1912 was het insolventierecht, inderdaad, minder ‘contentieus’ dan tegenwoordig, waren de (proces)rechten van partijen, en in het bijzonder die van de schuldenaar, aanzienlijk minder ontwikkeld¹⁴ en was de gedachte nog leidend dat *request-civil* zich niet leende voor verzoekschriftprocedures (die vroeger meer dan nu samenvielen met *niet-contentieuze* procedures), terwijl het onderscheid tussen deze en dagvaardingsprocedures beduidend scherper aanwezig was.¹⁵ Dat leek reeds in 1983 een betrekkelijk achterhaalde ge-

10. Hof 's-Hertogenbosch 29 juli 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2386.

11. Auteur dezes was als juridisch medewerker aan de zijde van eisers tot herroeping betrokken bij het toenmalige herroepingsgeding bij het hof.

12. W.H. Heemskerk, annotatie bij HR 9 december 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4709, *NJ* 1984/384.

13. De historie van dit kleurrijke rechtsmiddel gaat terug tot de late middeleeuwen, toen middels ‘lettres de grâce et de dire contre arrêts, délivrés par le roi’ kon worden opgekomen tegen vonnissen van het (overigens onschendbare) parlement op grond van feitelijke en rechtswaligen. Dit recht had de Franse koning (Philips de Schone) zich voorbehouden. Na enkele gedaantewisselingen door de jaren heen is hieruit in de 16e eeuw het ‘requête civile’ ontstaan, waarmee tot uitdrukking werd gebracht dat slechts in alle beleefdheid een ‘heusich verzoek van herstellinghe’ werd gedaan, de rechter had immers slechts gedwaald. Een eeuw later ging deze figuur, na weer enige versoering, op in de ‘Ordonnantie 1667’ om vervolgens via de Code de Procédure Civile in ons Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering terecht te komen. Zie steeds Th.B. ten Kate, *Het Request-Civil* (diss. Groningen), Groningen: Wolters 1962, p. 147-150.

14. Zo hoefde de failliet niet te worden gehoord, hetgeen tegenwoordig juist – ingevolge het EVRM – verplicht is (zie HR 29 oktober 1982, *NJ* 1983/196 en HR 4 februari 1983, *NJ* 1983/567). Het woord ‘kan’ in art. 6 lid 1 Fw herinnert nog aan deze aanvankelijke vrijblijvendheid, vgl. ook C.W. Star Busmann & W.L.P.A. Molengraaff, *De Faillissementswet*, Den Haag: Gebr. Belinfante 1936, p. 104.

15. Zie voor een relativering van het verschil tussen eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak: A.F.M. Brenninkmeijer, *Burgerlijk procesrecht als publiekrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1993, p. 19 e.v.

dachte,¹⁶ want volgens Heemskerk in zijn noot bij *Zuiderwijk/NMB* was het toen al zo dat

‘het vonnis tot faillietverklaring zeker de openbare orde en rechten en belangen van derden [raakt], maar het daaraan voorafgaand verzoek van een schuldeiser leidt een contentieus geding in, waarin de schuldenaar, om wiens vermogen het gaat, het recht heeft en de gelegenheid moet krijgen zich tegen het verzoek te verdedigen. Het geschil betreft de vraag of er al of niet voldoende gronden zijn, c.q. of de verzoeker voldoende belang heeft, voor het uitspreken van het faillissement. Daarbij zijn “burgerlijke rechten” in het geding in de zin van art. 6 Europees Verdrag mensenrechten: HR 26 juni 1981, *NJ* 1982, 450 m.nt. II EAA. Het recht op wederhoor is explicite erkend in HR 29 okt. 1982, *NJ* 1983, 196 m.nt. BW, waarin (anders dan in 1912) is beslist, dat de schuldenaar steeds moet worden opgeroepen om te worden gehoord (behoudens uitzonderingsgevallen).’

Op dit specifieke vlak van ‘contentie’ is het faillissementsrecht, of toepasselijker: het denken over faillissement, door de jaren heen, met name door de opkomst van mensenrechten, echter aanzienlijk veranderd. De tengravering van het eeuwenoude adagium *decoctor ergo fraudator*, en het feit dat faillietverklaring bij gerechtelijke uitspraak moest geschieden, waren bij de totstandkoming van de huidige Faillissementswet in 1893 nog maar jonge fenomenen.¹⁷ Hoe evengoed in het betreffende tijdsgewricht gedacht werd over faillissement, kan worden geïllustreerd aan de hand van de volgende opmerkingen van Eerste Kamerlid H.J. Kist in het kader van de totstandkoming van die wet:¹⁸

‘De wijze van faillietverklaring van de nieuwe wet is die van de bestaande wet; de schuldenaar wordt failliet verklaard zonder dat hij in staat is geweest zich te verdedigen overeenkomstig het gemeene recht, zonder zich volgens het gewone procesrecht te kunnen verdedigen tegen de pretentiën waarop de faillietverklaring berust. Op eenvoudig request kan hij failliet verklaard worden. Van voorafgaande rechtspleging is geen sprake. Hij kan failliet verklaard worden zonder zelfs gehoord te zijn, zelfs zonder te zijn opgeroepen.’

Heemskerk merkt dan ook op, dat de reden dat ons hoogste rechtscollege *request-civiel* in 1912 incompatibel

achtte met het faillissementsgeding, een andere blijkt dan in 1983.¹⁹ De onderbouwing van het herroepingsverbod lijkt enigszins te zijn ‘geüpdatet’. Request-civiel van faillissementsuitspraken zou volgens *Zuiderwijk/NMB* (r.o.3) niet mogelijk zijn:

‘(...) op grond van de strekking en de regeling van de Fw betreffende de behandeling van een [faillissementsverzoek] en de rechtsmiddelen die krachtens die wet tegen een beslissing daarop kunnen worden aangewend. Deze regeling is in verband met de rechtszekerheid en de behoeften van het rechtsverkeer gericht op een snelle berechting en beslissing met betrekking tot de faillietverklaring, die ook voor anderen dan pp. verstrekkende gevolgen heeft, en stelt daartoe voor de wel in de wet geregelde rechtsmiddelen korte termijnen, die ingaan op de dag na de uitspraak waartegen het rechtsmiddel zich richt. Toelating van het rechtsmiddel van request-civiel – waarvoor geen andere termijnen zouden gelden dan die van art. 382 e.v. Rv – is hiermee niet te verenigen.’

Oftewel: snelle berechting en beslissing, wat zich manifesteert in korte termijnen, en: de belangen van derden, voor wie een faillietverklaring verstrekkende gevolgen heeft (rechtszekerheid). De vraag rijst wat mij betreft wat überhaupt het logische verband is tussen enerzijds het openbareordekarakter van faillissement en anderzijds de onverenigbaarheid met *request-civiel* (thans: herroeping). Is het feit dat faillissementen worden uitgesproken in het algemeen belang niet juist een argument vóór de mogelijkheid van herroeping, daar waar de integriteit van deze overheidstaak nadien door middel van kunstgrepen ernstig in verlegenheid blijkt te zijn gebracht?²⁰ En is het niet zo dat juist het publiekrecht, waarin rechterlijke beslissingen nog veel meer aan de openbare orde raken, al dan niet door in het publieke belang een rechtstoestand in het leven te roepen, en niet zelden vele derden raken, zijn eigen variant kent op het rechtsmiddel herroeping, *herziening* geheten, waarvan de gronden nota bene een nog veel groter bereik kennen?²¹ En waarom zouden de belangen van derden moeten verhinderen dat een faillietverklaring die – kort en goed – op processueel bedrog blijkt te berusten en naar algemeen rechtsgevoel nooit had mogen worden uitgesproken, zou kunnen worden teruggedraaid?

16. Ten Kate beschouwt in zijn hierna nog veelvuldig te citeren proefschrift annex standaardwerk ter zake, dit standpunt van de HR overigens zelfs toentertijd als achterhaald. Volgens hem is onder meer ‘de stelling, dat de procedureregeling in de eerste afdeling van titel I der Faillissementswet niet op formeel tegenover elkaar opgestelde partijen gebaseerd zou zijn en dat de vonnissen in die procedures geveld niet als op tegenspraak gewezen zouden mogen worden beschouwd, zonder nadere motivering hoogst twijfelachtig; en daarmee ook de stelling van de Hoge Raad in het genoemde arrest, dat hier van geen “vonnis tusschen gedingvoerende partijen” gesproken zou kunnen worden (...)’ (Ten Kate 1962, p. 87).

17. Vgl. M.F. de Monchy, *De regtsmiddelen tegen het vonnis van faillietverklaring* (Aant. op art. 791 W.v.k.) (diss. Utrecht), 1867, p. 1.

18. G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance van betaling*, bewerkt door G.W. baron van der Feltz, deel I (1896-1897); heruitgave bewerkt door S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, Serie Onderneming en Recht; deel 2-1, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 190.

19. Annotatie bij *Zuiderwijk/NMB*, eerste alinea: ‘Opnieuw voor de vraag gesteld beantwoordde de HR deze in dezelfde zin, maar op geheel andere gronden dan de in 1912 aangevoerde.’

20. Vgl. het standpunt van de eiser in herroeping in *BV c.s./LTD*.

21. Zie voor het straf- en bestuursrecht respectievelijk art. 457 Sv en art. 8:119 Awb. Ook het arbitragerecht kent een herroepingsregeling (art. 1068 Rv). Zie ook F.F. Langemeijer, ‘Het recht van de Zonnekoning’, in: M.M. Krijnen & M.R. Mok (red.), *Het rekest-civiel herroepen*, Den Haag: BJu 2001, p. 2-4 en Von Schmidt auf Altenstadt, art. 382 Rv, aant. 4.4, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*.

4. Een procesrechtelijk gedrocht

Wie een oud wetboek openslaat, zal evenwel volkomen begrijpen waarom de Hoge Raad in de vorige eeuw niets wilde weten van *request-civiel* van faillissementsuitspraken. De regeling van het *request-civiel* zag er namelijk beduidend anders uit dan zijn opvolger, de herroeping.²² De tot 1 januari 2002 geldende en goeddeels uit 1667²³ stammende *request-civiel*regeling behelsde een heuse tombola van gronden die tot herroeping konden leiden:

‘Artikel 382 (oud) Rv

De vonnissen op tegenspraak in het laatste ressort gewezen, en die welke op verstek gewezen en niet meer vatbaar voor verzet zijn, kunnen herroepen worden, op het verzoek van degenen die partij zijn geweest of geroepen zijn, om de volgende redenen:

1° Indien de beslissing berust op na derzelver uitspraak ontdekt bedrog of arglist der wederpartij in de procedures gepleegd of een opgelegde eed door den strafregter is verklaard valschelijk te zijn afgelegd, *tenzij het geldt den beslissenden eed in artikel 1966 1° Burgerlijk Wetboek bedoeld*;²⁴

2° Indien uitspraak is gedaan omtrent zaken welke niet waren geëischt;

3° Indien meer is toegewezen dan geëischt was geworden;

4° Indien verzuimd is op een der gedeelten van den eisch uitspraak te doen;

5° Indien tusschen dezelfde partijen, op dezelfde gronden en door dezelfde regter, tegenstrijdige vonnissen in het hoogste ressort gewezen zijn;

6° Indien in hetzelfde vonnis tegenstrijdige beschikkingen zijn;

7° Indien gevonnisd is op stukken, die na het vonnis voor valsch erkend of valsch verklaard zijn;

8° Indien men, na het vonnis, stukken van eenen beslissenden aard nader in handen heeft bekomen welke door toedoen van de wederpartij waren achter gehouden.’

Deze voorloper van de huidige herroeping maakt genoegzaam inzichtelijk waarom de Hoge Raad vreesde voor onder meer de rechtszekerheid indien hij zou oordelen dat *request-civiel* van een faillissementsbeslissing mogelijk

zou zijn. Niet zonder reden beschreef Cleveringa *request-civiel* in 1935 als ‘naar veel richtingen haar wortelen stekend kruid in de gaarde onzer civiele procedure’.²⁵ Niet alleen de gronden die hun oorzaak vonden in bedrieglijke gedragingen van partijen konden ingevolge *request-civiel* tot een succesvolle herroeping leiden, maar bijvoorbeeld ook wanneer de rechter op de een of andere manier het procesrecht onjuist had toegepast of tussen dezelfde partijen tegenstrijdige vonnissen had gewezen (onderdeel 2-6). De waslijst werd afgesloten met de in dit opzicht misschien wel meest markante grond, vervat in art. 383 (oud) Rv, dat een minderjarige niet door zijn voogd verdedigd is geweest in de procedure:²⁶

‘Artikel 383 (oud) Rv

Minderjarigen zullen daarenboven tot het verzoeken van zoodanige herroeping nog ontvankelijk zijn, indien zij niet verdedigd zijn geweest.’

Anders dan in de huidige, sobere, redactie van de herroepingsregeling, lag in het rechtsmiddel *request-civiel* dus het levensgrote risico besloten van aanwending daarvan bij wijze van verkapt appel. Dit terwijl voor appel nu juist een bijzondere regeling is opgenomen in de Fw (art. 8-9). Dat *request-civiel* meer de aard had van een soort ‘vierde aanleg’²⁷ dan een ultiem correctiemechanisme in geval van oneigenlijke inbreuken op de procesorde, illustreert bijvoorbeeld het feit dat de termijn voor *request-civiel* ging lopen – uitgezonderd voor de overgebleven drie gronden, waarvoor de termijn aanving bij *ontdekking* daarvan – direct na het te herroepen vonnis – mits geen verstekvonnis –, dat diende te zijn gewezen in laatste ressort, veelal dus door het hof.²⁸ Kracht van gewijsde was, anders dan nu, niet het criterium – óók niet bij toepassing van vorenbedoelde voorlopers van de drie huidige, in de sfeer van kunstgrepen liggende, herroepingsgronden.²⁹ De sinds jaar en dag als onwenselijk ervaren samenloop van dit nauwelijks buitengewoon te noemen³⁰ rechtsmid-

22. Het werkwoord ‘herroepen’ werd zoals dadelijk zal blijken ook onder de *request-civiel*regeling gebruikt, maar pas sinds de wetswijziging van 2002 wordt het rechtsmiddel zelf aangeduid met ‘herroeping’.

23. Zie D.J. Veegens, annotatie bij HR 22 juni 1956, ECLI:NL:HR:1956:63, NJ 1957/125: ‘De procesrechtelijke Ordonnance civile van 1667 schafte het oude rechtsmiddel [de ‘proposition d’erreur’, DK] af en gaf een limitatieve opsomming van de gronden tot requête civile, uitgedrukt tot elf nummers, titel XXXV, artt. 34 en 35. De Code de procédure civile heeft deze lijst bijna letterlijk overgenomen in de artt. 480 en 481. Vandaar is zij overgegaan in ons wetboek, behoudens de schrapping van art. 480 C.P. 2°. en 8°, die zelfs rekest civiel toestonden ter zake van vormfouten, voor zover niet gedekt, en verzuim in het horen van het O. M. Overigens leven wij nog steeds onder dit stukje 17de eeuw Frans procesrecht.’

24. Het cursieve gedeelte is bij wet van Stb. 1987, 590 komen te vervallen.

25. R.P. Cleveringa Jzn., ‘De gronden van request-civiel’, in: *Rechtskundige Opstellen* (Meijers-bundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1935, p. 220.

26. Saillant detail is dat uitgerekend *Volbers/Nolet*, met welk arrest het jurisprudentiële herroepingsverbod het leven zag, werd gewezen naar aanleiding van het intropen van deze *request-civiel*grond.

27. Deze term is overigens strikt gezien niet helemaal juist, omdat er juist ook veelal sprake was van samenloop met cassatie.

28. Art. 382 aanhef (oud) Rv. Wel mocht de te herroepen uitspraak niet meer vatbaar zijn voor verzet. Zie ook Ten Kate 1962, p. 96-98.

29. Art. 382 aanhef en onder 1, 7 en 8 (oud) Rv resp. art. 382 aanhef en onder a-c (nieuw) Rv.

30. Hoewel dit geen wettelijk gegeven is, lijkt in de rechtsleer momenteel algemeen te worden aanvaard dat het een buitengewoon rechtsmiddel (naast het niet hebben van schorsende werking) kenmerkt, dat het kan worden ingesteld wanneer de aan te vechten gerechtelijke uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan. Zulks is complementair aan de definitie van een gewoon rechtsmiddel. Men kan zich in zoverre erover verbazen waarom ook *request-civiel* een ‘buitengewoon’ rechtsmiddel heette, nu voor het intropen van de grote meerderheid van de *request-civiel*gronden – welke samenvallen met de sedert 2002 geschrapte – juist, zoals in geval van een gewoon rechtsmiddel, een driemaandentermijn gold die inging vanaf de uitspraak en goeddeels overlapte met die van gewone rechtsmiddelen.

del met cassatie, hing met name hiermee samen.³¹ Bovendien betrof het dikwijls gevallen die thans worden bestreden door art. 31 (verbetering) en art. 32 Rv (aanvulling).³² De regeling van de procedure stond te boek als omslachtig en de rechter kon op grond van art. 396 (oud) Rv bovendien niet de vervolprocedure ('tweede fase') gelasten ter herbeoordeling van de oorspronkelijke zaak, zonder dat dat aanstonds tot vernietiging van het te herroepen vonnis leidde, met daarbij de verplichting de gevolgen daarvan ongedaan te maken.³³

Kortom, dat dit alles bepaald niet opportuun is in het geval van een geding dat zich door slagvaardigheid kenmerkt, is evident, met name nu hiermee voor de (indirect) betrokkenen bij faillietverklaring een relatief grote mate van onzekerheid te duchten ware geweest. De in het publieke belang doorgehakte knopen zouden zo alsnog worden ontward om – het mag niet anders heten – niet de allerbeste redenen, met alle gevolgen van dien.

5. Een ingrijpende wijziging

De wetwijziging van 2002, waarmee ons burgerlijk procesrecht werd herzien en onder meer de huidige herroeping het licht zag,³⁴ liet dan ook weinig over van dit archaische gedrocht, over de ondeugdelijkheid waarvan brede overeenstemming bestond.³⁵ In de memorie van toelichting werd van nagenoeg alle hiervoor door mij genoemde onvolkomenheden van het rechtsmiddel gewag gemaakt.³⁶ Uit de parlementaire behandeling volgt dat het zeker niet gaat om een cosmetische aanpassing, maar dat de wetgever de regeling 'ingrijpend' heeft willen wijzigen in een geheel nieuw rechtsmiddel dat door het nieuwe procesrecht wordt beheerst. Daarbij is door hem uitvoerig uiteengezet wat de bezwaren waren tegen de oude regeling en het onderscheid geaccentueerd tussen het oude en het nieuwe recht, zulks onder andere door het voorzien in overgangsrecht.³⁷ Onjuist en zelfs onbegrijpelijk is het dan ook dat in de – in de recentere jurisprudentie veel aangehaalde – conclusie van de A-G bij HR 7 maart 2003 te lezen valt dat de vervanging van request-civiel door herroeping³⁸

'geen wijziging [heeft] gebracht in de aard van het rechtsmiddel. Ook herroeping is een buitengewoon rechtsmiddel. Evenals rekest-civiel is het slechts toegelaten op bepaalde in de wet opgenomen gronden.'

Ik kan niet anders dan het ervoor te houden dat deze notie onjuist is en gepaard gaat met een opmerkelijke 'appels met peren'-vergelijking.³⁹ In vergelijkbare zin en even opmerkelijk overwoog het hof Arnhem in 2002 dat:⁴⁰

'door de inwerkingtreding van het nieuwe Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering op 1 januari 2002 de regeling van het request-civiel vervangen [is] door de regeling van herroeping. Blijkens de Parlementaire Geschiedenis is de regeling van de herroeping niet zodanig gewijzigd ten opzichte van de regeling van het request-civiel dat moet worden aangenomen dat sinds 1 januari 2002 herroeping kan gelden als rechtsmiddel tegen een beslissing op een verzoek tot faillietverklaring, naast de in de Faillissementswet limitatief opgesomde rechtsmiddelen.'

Het is bovendien niet enige wettelijke regeling die uitsloot dat herroeping kan gelden als rechtsmiddel tegen een faillissementsuitspraak, maar de rechtspraak zelf. De wetgever heeft juist daar gezwegen waar hij alle gelegenheid had om dit jurisprudentiële herroepingsverbod te bevestigen (zie ook paragraaf 7 hierna). Het ligt, anders dan betreffend hof suggereert, niet op de weg van de wetgever om op iets terug te komen wat niet uit zijn locker komt.⁴¹

6. Recentere rechtspraak

Des te onbegrijpelijker is het dus dat deze oude lijn ook in de recentere jurisprudentie blijft doorklinken. Voor zover Heemskerks punt klopt dat de grondslag van *Volbers/Nolet* een 'geheel andere' was dan van *Zuijderwijk/NMB*, constateer ik dat de – volgens Heemskerk in 1983 al gedateerde – *Volbers/Nolet*-grondslag in 2018, met het Bossche arrest *X/Holding* is herleefd. Dat arrest valt, hoewel niet van 's lands hoogste rechtscollege, thans te beschouwen als de dogmatische opvolger van *Zuijder-*

31. Zie over de onwenselijke samenloop met cassatie: *Kamerstukken II 1999/2000*, 26855, nr. 3, p. 171-172.

32. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, commentaar op art. 382 Rv, aant. 2.4, in: P. Vlas & T.F.E. Tjong Tjin Tai (red.), *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer.

33. Idem. Zie ook E.M. Wesseling-van Gent, 'Herroeping rekest-civiel in nieuw procesrecht', in: M.M. Krijnen & M.R. Mok (red.), *Het rekest-civiel herroepen*, Den Haag: BJu 2001, p. 33.

34. *Stb.* 2001, 621.

35. *Kamerstukken II 1999/2000*, 26855, nr. 3, p. 169. Het instituut als zodanig werd ondeugdelijk genoemd, en meer in het bijzonder de gronden die samenhangen met verzuimen van de rechter als bedoeld in art. 382 aanhef en onder 2-6 (oud) Rv, zoals hiervoor reeds aangestipt, waarvan de wetgever beaamde dat deze dienen te worden geadresseerd door de aanwending van een gewoon rechtsmiddel en geen grond voor request-civiel dienen op te leveren.

36. Idem.

37. *Stb.* 2001, 580.

38. Concl. A-G E.M. Wesseling-van Gent, ECLI:NL:PHR:2003:AF3076, voor HR 7 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3076.

39. Niet uitgesloten is dat deze gedachte geënt is op de in de MvT herhaaldelijk gemaakte opmerking dat 'geen materiële wijziging' is beoogd (*Kamerstukken II 1999/2000*, 26855, nr. 3, 172). Juiste contextuele lezing van deze passages wijst evenwel uit dat deze opmerkingen louter zien en kunnen zien op de drie gronden (bedrog, valse stukken of achtergehouden stukken) die de ingrijpende herijking van het rechtsmiddel request-civiel wél hebben overleefd.

40. Hof Arnhem 22 juli 2002, ECLI:NL:GHARN:2002:AE5872.

41. Dit vertoont enige verwantschap met het door het hof 's-Hertogenbosch in *BV c.s./LTD* ter onderbouwing van het vasthouden aan onderhavig herroepingsverbod, verwijzen naar naslagwerken (onder de noemer van 'literatuur') welke slechts verslag doen van de heersende jurisprudentiële lijn (r.o. 3.5.2.2).

wijk/NMB. Het hof benoemt in *X/Holding* dat arrest en de latere arresten van de Hoge Raad van 2003 en 2004 alsmede de conclusies van de A-G, maar formuleert daarbij een rechtsoverweging met daarin zowel elementen van *Volbers/Nolet* als van *Zuiderwijk/NMB* (r.o. 2.7.1.1):

‘Gezien de aard van het faillissement – dat van openbare orde is en waarbij ook belangen van derden zijn betrokken – en gezien het gesloten rechtsmiddelenstelsel in het kader van de procedure tot faillietverklaring (artt. 8 t/m 12 Fw), staat naar het oordeel van het hof het bijzondere rechtsmiddel van herroeping hier niet open.’

Het ‘openbareordekarakter’ van het faillissementsgeding (of zo men wil, hoewel dat op zichzelf zeker niet hetzelfde is: van het faillissement als zodanig) waarop het hof hier doelt, komt mijns inziens in essentie vrijwel op hetzelfde neer als de notie dat ‘door een vonnis van faillietverklaring geen geschil omtrent de rechten der gedingvoerende tot oplossing wordt gebracht’ (zie *Volbers/Nolet*). De gedachte hierachter (en in zekere zin ook achter de notie omtrent de belangen van derden) is ogenschijnlijk dat een faillissementsoordeel het belang van aanvrager en failliet overstijgt. Dat is in wezen hetzelfde argument als waarmee tot 2002 de onmogelijkheid van herroeping tegen beschikkingen werd verdedigd. Sinds dat jaar is echter óók (wettelijk⁴²) herroeping van beschikkingen (welke door de bank genomen op minder contentieuze procedures zien) mogelijk, waarover hierna meer. Het beeld van de faillissementsprocedure als niet-contentieuze procedure lijkt dus nog steeds impliciet van kardinale betekenis te zijn bij de afwijzing van een faillissementsrechtelijke herroepingsmogelijkheid.⁴³ Dat is echter onbegrijpelijk. Het faillissementsrecht dient mede het algemeen belang,⁴⁴ maar is daarmee niet minder contentieus van aard.⁴⁵ Juist dan wanneer het faillissementsgeding is ontaard in een overtreffende trap van een partijenstrijd in zijn letterlijke betekenis, bijvoorbeeld omdat blijkt dat de rechter door een van de partijen doelbewust is misleid,⁴⁶ bestaat de (maatschappelijke) behoefte⁴⁷ aan het rechtsmiddel herroeping. En juist binnen een proces waarin de rechter niet lijdelijk is maar actief en een maatschappelijk betekenisvol oordeel velt, is de herroepingsnoodrem op nadien gebleken en vanuit diezelfde maatschappij steeds onwenselijker geacht onrechtmatig procesgedrag, iets noodzakelijks. Het bedrog, de valse stukken of de misleiding straalt juist dan af op het gerechtelijk oordeel – het is immers ondanks de actieve rol van de rechter en diens actieve zoektocht naar de materiële

waarheid, dat de bedriegende partij (bijvoorbeeld) haar bedrog heeft kunnen plegen. De zo-even bedoelde toenemende maatschappelijke behoefte aan een eerlijke proceshouding en de daarmee samenhangende morele roep tot afstraffing van list en bedrog, blijkt overigens uit de verankering daarvan in art. 21 Rv (waarheidsplicht), bij diezelfde herziening van ons burgerlijk procesrecht in 2002, waar ook de transformatie van request-civil deel van uitmaakte.⁴⁸

7. De verruiming van herroeping tot tevens verzoekschriftprocedures

Het lijkt er dus op dat *Volbers/Nolet* wel degelijk de toon heeft gezet voor de nadien gewezen jurisprudentie en dat de gedachte dat het faillissementsgeding niet of verminderd contentieus is, daarvan nog altijd een belangrijke drijvende kracht vormt. En voor zover dat klopt, is dat minder terecht dan ooit. Zulks met name omdat de wetgever bij de door mij zo-even besproken wettelijke herziening van request-civil van 2002, dat rechtsmiddel op nog een ander fundamenteel punt herzag.⁴⁹ Sederdien zijn namelijk ook beschikkingen herroepbaar, tenzij de aard van de beschikking zich hiertegen verzet (art. 390 Rv nieuw). Ergo: uiterekend de categorie van uitspraken die zich er van oudsher door kenmerken dat ze in overwegende mate, althans afgezet tegen vonnissen, minder een partijenconflict betreffen maar juist raken aan de openbare orde. De wetgever:⁵⁰

‘Naar huidig recht is request civil alleen mogelijk tegen vonnissen. Dientengevolge kunnen beschikkingen in beginsel niet worden herroepen. Dat is onwenselijk, nu de verzoekschriftprocedure op het terrein van het familierecht ook voor rechtsbetrekkingen in geschil is voorgeschreven. Het wetsvoorstel geeft daarom het buitengewone rechtsmiddel van de herroeping ook voor beschikkingen. Zie de voorgestelde artikelen 390 en 391. Wel is een uitzondering gemaakt voor beschikkingen waarvan de aard zich tegen herroeping verzet. Daarbij denke men aan beschikkingen waarvan, indien zij berusten op onjuiste gegevens, steeds wijziging kan worden verzocht, zoals alimentatiebeschikkingen. Beschikkingen waarbij verlof tot het leggen van beslag wordt verleend, verzetten zich eveneens naar hun aard tegen herroeping; de beslagene kan tegen een beslag waarvoor het presidiaal verlof met ongeoorloofde middelen is verkregen, opkomen door de opheffing daarvan in kort geding te vorderen.’

42. Vgl. voetnoot 60.

43. Vgl. Heemskerk in zijn annotatie: ‘Beschouwt men de procedure als een contentieuze, dan zou dit wijzen in de richting van het openstaan van request-civil, een middel dat voor zulke procedures is gegeven.’

44. N.B. Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 9.

45. Concl. A-G E.M. Wesseling-van Gent, ECLI:NL:PHR:2003:AF3076, voor HR 7 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3076 onder verwijzing naar Polak/Wessels, *Insolventierecht*, deel 1, Faillietverklaring, 1999, Deventer: Kluwer, aant. 1329 met vindplaatsen. Zie ook F.J. Fernhout, ‘Procesrecht in kort geding’, *TvPP* 2010, afl. 4, p. 110.

46. Daarbij wordt aangetekend dat de lat om zo’n kunstgreep aan te nemen buitengewoon hoog ligt. Vgl. Von Schmidt auf Altenstadt, art. 382 Rv, aant. 3, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*.

47. Vgl. het in o.m. *Zuiderwijk/NMB* benoemde gezichtspunt ‘behoefte van het rechtsverkeer’.

48. Vgl. R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. XI) (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2011, p. 56. Zie ook *Kamerstukken II* 1999/2000, 26855, nr. 3, p. 52-54.

49. *Stb.* 2001, 508 en *Stb.* 2001, 623. Zie ook *Kamerstukken* 26855.

50. *Kamerstukken II* 1999/2000, 26855, nr. 3, p. 170.

Tot op beduidende hoogte zijn het juist kenmerken van het faillissement(sgeding) die in de staande jurisprudentie aanleiding vormen tot afwijzing van herroeping in het faillissementsrecht, welke in algemene zin ook op beschikkingen en de verzoekschriftprocedure van toepassing zijn. Beschikkingen roepen meer dan eens een rechtstoestand in het leven, vinden hun legitimatie in de openbare orde en gaan allerlei soorten derden aan. In de toelichting op de tenzij-clausule worden faillissementsuitspraken niet genoemd, terwijl betreffend voorbeeld, juist wanneer de wetgever voorstander van het herroepingsverbod was geweest, voor de hand lag om te worden aangehaald. In de eerste plaats omdat de wetgever zich over het verbod nooit heeft uitgelaten, ten tweede omdat het verbod stevige kritiek ontving vanuit belangrijke – zo niet belangrijkste – literatuur ter zake (zie nader) en ten derde omdat betreffende wettelijke herziening op zijn minst (en met verwijzing naar paragraaf 5: terecht) de schijn oproep de vigerende jurisprudentie in een ander daglicht te plaatsen. Hoewel het niet alles zegt, lijkt ook dit mij eerder een (zij het lichte) indicatie contra de vigerende jurisprudentie dan pro.⁵¹

De wetgever noemt voorbeelden van uitspraken waarvan het in vergelijking met faillissementsuitspraken vrij evident is dat herroeping niet het meest geëigende correctiemiddel is. Allereerst het conservatoir beslagverlof – een *ex parte*-procedure tegen de uitkomst waarvan een opheffingskortgeding het aanwezige instrument is. Ten tweede de alimentatiebeschikking, naar aanleiding waarvan te allen tijde, ook met terugwerkende kracht, nihilstelling kan worden verzocht. Waar het het conservatoir beslagverlof betreft is, in geval van toewijzing ervan, zelfs reeds bij wet iedere hogere voorziening uitgesloten (art. 700 lid 1 Rv). De voorbeelden van uitspraken die de wetgever noemt, hebben dus als gemene deler dat er een veel eenvoudiger middel voorhanden is om via de rechter ongedaanmaking te bereiken.⁵² De jurisprudentiële redenen om herroeping buiten toepassing te laten, hebben – hun

inhoudelijke kwaliteit nog daargelaten – een geheel andere strekking, en zien overigens niet eens op het type uitspraak als wel op de aard van de faillissementsprocedure dan wel die van de toestand van faillissement als zodanig. De faillissementsuitspraak waartegen de aard van herroeping zich verzet, is hooguit de beschikking waarbij faillissement is afgewezen, nu te allen tijde alsnog faillissement kan worden aangevraagd.⁵³

Vermeldenswaard is ook het openstellen van herroeping tegen kortgedinguitspraken.⁵⁴

‘Het middel is toegelaten tegen alle vonnissen die in kracht van gewijsde zijn gegaan. Voor het maken van een uitzondering voor vonnissen die in kort geding zijn gegeven, bestaat geen goede grond. Door de grote ontwikkeling van de procedure in kort geding, waarbij diep ingrijpende en feitelijk niet of moeilijk te redresseren beslissingen worden gegeven, kan ook daar de behoefte aan het rechtsmiddel van de herroeping bestaan.’

Uit deze passage blijkt dat in de ingrijpendheid van beslissingen⁵⁵ door de wetgever juist aanleiding werd gezien om herroeping wenselijk te achten. Voor zover deze twee met elkaar vallen te vergelijken, valt te verdedigen dat een faillissementsvonnis in de regel zelfs ingrijpender is dan een kortgedinguitspraak. Verder is het zo dat bij uitstek de kortgedingprocedure, waarbij de mogelijkheid van herroeping aldus eveneens openstaat, veel relevante overeenkomsten met het faillissementsgeding vertoont, zoals korte (beroeps)termijnen, de vlotte rechtsgang en de summere reikwijdte van het rechterlijk onderzoek⁵⁶ – die als gezichtspunten fungeren in de vigerende jurisprudentie, ter onderbouwing van de ontoelaatbaarheid van herroeping.

Deze enorme uitbreiding van het subject van herroeping is al met al het zoveelste argument voor de stelling dat

51. Een alternatieve verklaring hiervoor zou zijn dat de wetgever onderhavig herroepingsverbod te vanzelfsprekend achtte om er gewag van te maken, maar dat scenario is om dezelfde drie redenen als in de hoofdtekst genoemd echter weinig aannemelijk. Dat de wetgever het voorbeeld van de faillissementsuitspraak niet aanhaalde omdat faillietverklaring niet bij beschikking (maar bij *vonnis*) geschiedt, is evengoed weinig aannemelijk, alleen al omdat de afwijzing ervan dat wél doet. Die gedachte zou overigens inhoudelijk in strijd zijn met de rechtsopvatting van (in ieder geval) het hof 's-Hertogenbosch, dat juist kennelijk meent dat het faillissementsvonnis moet worden behandeld als een beschikking (zie *BV c.s./LTD*, r.o. 3.5.2 e.v.). Verder merk ik op dat omdraaiing van mijn redenering – namelijk: wetgever zwijgt, dus stemt in – niet onverkort tot een spiegelbeeldige uitkomst leidt, omdat zulk zwijgen juist in geval van een contrair standpunt kan worden verklaard vanuit voor de wetgever niet ongebruikelijke terughoudendheid in die gevallen waarin het niet strikt noodzakelijk is om de rechtspraak terug te fluiten.

52. Vgl. de opvatting van de wetgever met betrekking tot de vraag of request-civiel open zou moeten staan tegen beschikkingen ingevolge de procedure voor de ontbinding van een arbeidsovereenkomst (art. 7A:1639w (oud) BW). Dat was niet het geval, aangezien ‘uit de praktijk tot nu toe geen behoefte aan dit rechtsmiddel naar voren [was] gekomen. Dit is verklaarbaar, omdat beschikkingen niet dezelfde bindende kracht hebben als vonnissen en zij vaak bij een latere beschikking kunnen worden gewijzigd.’ (*Kamerstukken II* 1981/82, 16593, nr. 5, p. 9). Nuancering van de premisse dat die behoefte ontbrak, volgt evenwel uit concl. A-G W.D.H. Asser voor HR 4 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:AG7149, r.o.3.2.

53. Zie nader paragraaf 13.

54. *Kamerstukken II* 1999/2000, 26855, nr. 3, p. 171. Wanneer de wetgever het toepasselijker had gevonden de faillissementsuitspraak vanuit haar aard van vonnis te benaderen, en onderhavige rechtspraak zou willen bevestigen, was met name op deze plaats alle aanleiding geweest om het woord faillissementsvonnis te laten vallen. Overigens was het (in ieder geval volgens Wesseling-van Gent 2001, p. 32) uitgerekend Ten Kate die geen voorstander leek te zijn van request-civiel van kortgedinguitspraken, ‘gezien het karakter daarvan’ (Ten Kate 1962, p. 237).

55. Vgl. in, naar het lijkt, tegenovergestelde zin de rechtsoverwegingen van de Hoge Raad en het hof 's-Hertogenbosch in 1983 resp. 2018.

56. Hoewel dat laatste voorbeeld besloten ligt in de kernoverwegingen van de door de jaren heen gewezen standaardrechtspraak, wordt in *Volbers/Nolet* (1912) het bewijsrechtargument ook met zoveel woorden gehanteerd (namelijk door te overwegen dat de rechter ‘onverschillig of [de schuldenaar is gehoord] uitspraak doet op een summier van alle bewijsregels vrij onderzoek’, zie de op een laatste overweging, laatste zin).

faillissementsbeslissingen (zo niet vóór 2002 dan in ieder geval erná) herroepbaar zouden moeten zijn.

8. Rechtszekerheid

Dan enkele opmerkingen over rechtszekerheid, een faillissementsrechtelijk desideratum dat voor het eerst werd genoemd in *Zuiderwijk/NMB* (1983). De gezichtspunten '[verstreckende gevolgen voor] anderen dan pp.' in datzelfde arrest, alsook 'gevolgen voor derden' (*X/Holding*) liggen in het verlengde daarvan, aangezien de ratio is dat derden niet zouden moeten worden opgezaald met de rechtsonzekerheid die van een herroepingsuitspraak uitgaat. Ook de korte termijnen die de HR in 1983 noemt, zijn een variant op het rechtszekerheidsargument, zij bespoedigen immers de gewenste zekerheid.

Buitengewone rechtsmiddelen zien niet op gewone situaties, en zijn mede buitengewoon omdat ze een zware maar gerechtvaardigde inbreuk vormen op *lites finiri oportet* en het daarmee samenhangende rechtszekerheidsbeginsel. Ze ontleen hun wezenskenmerk er verder aan dat ze, doordat ze geen schorsende werking hebben, met dat principe rekening houden. Zij kunnen worden ingesteld ondanks en omdat gewone rechtsmiddelen niet meer kunnen worden ingesteld. Voor request-civiel kon dit nog sterk worden genuanceerd in die zin dat de rechtsfiguur zich, zoals reeds aan bod kwam, grotendeels als een gewoon rechtsmiddel gedroeg. De huidige herroeping met haar drie gronden daarentegen, is in dat opzicht een zuiver geval van een buitengewoon rechtsmiddel. Rechtszekerheid is een bij uitstek maatschappelijk gezichtspunt. Maar de afkeuring van misleiding van de rechter middels het plegen van procesrechtmisbruik, valt in de huidige tijd zo mogelijk nog meer in een maatschappelijke sleutel te plaatsen.⁵⁷ De rechtszekerheidsinbreuk is bovendien zoals gezegd⁵⁸ met verregaande waarborgen omkleed, waarbij in de eerste plaats te verwijzen valt naar de hoge drempel die voor de drie herroepingsgronden geldt.

Hedendaagse rechtspraak waarin nu nog een variant op het rechtszekerheidsargument wordt gebruikt, lijkt het buitengewone karakter van het buitengewone rechtsmiddel herroeping te miskennen. Zo zijn de korte beroepstermijnen weliswaar kenmerkend voor het faillissementsrecht, maar deze zien op de *gewone* situatie. Men kan zich afvragen waarom dat bij faillissementskwesties

minder of anders zou zijn, met name gelet op het feit dat er meerdere procedures zijn met kortere termijnen, waarop herroeping onverkort van toepassing is.⁵⁹ De – lange – driemaandetermijn valt voorts naar zijn aard niet te vergelijken met de korte achtdagetermijnen in de faillissementswet, nu de – buitengewone – omstandigheden die die termijn doen aanvangen zich doorgaans eerst jaren later voordoen, zodra de betekenis van de specifieke lengte van zo'n termijn voor de rechtszekerheid en de snelheid van de (lees: reguliere) rechtsgang nihil is.

Veelzeggend is verder het feit dat kantonrechters in den lande nog vóórdat de wetgever de mogelijkheid van herroeping van beschikkingen in de wet verankerde (en de Hoge Raad hierop reeds in 1996 anticepeerde⁶⁰), herroepingsverzoeken tegen beschikkingen betreffende de ontbinding van een arbeidsovereenkomst ontvankelijk achtten.⁶¹ Zulks niet ondanks maar eerder omdat appel en cassatie niet openstonden, en niettegenstaande het feit dat dat in principe afbreuk doet aan de hoofddoelstellingen van die procedure, namelijk een snelle en definitieve beslissing omtrent de instandhouding van de arbeidsovereenkomst.⁶² Dit kon aan de (buitenwettelijke!) toelaatbaarheid van, toen nog, request-civiel niet in de weg staan 'omdat de herroeping van de ontbinding slechts een gevolg kan zijn van onbehoorlijke gedragingen van de procespartij die van de ontbinding profijt heeft, welk profijt haar niet toekomt, zodat zij de gevolgen van haar onbehoorlijke procesgang dient te dragen'.⁶³ De vergelijking met het faillissementsrecht die zich aandient, is natuurlijk sprekend.

9. Derden

Het verschil met de arbeidsrechtelijke ontbindingsprocedure is evengoed dat bij faillissementen in grotere mate belangen van derden in het geding zijn. Dat is een uitgelezen bruggetje naar desbetreffend, sinds *Zuiderwijk/NMB* terugkomend bezwaar tegen toelaatbaarheid van herroeping van faillissementsuitspraken. Hoewel de onjuistheid van dat bezwaar al valt af te leiden uit hetgeen hiervoor door mij is opgemerkt – zie met name paragraaf 4 – valt hierover nog een enkele specifieke bemerking te maken. Gezegd kan worden dat het rechtsmiddel herroeping – althans de moderne variant daarvan – zich er *naar zijn aard* tegen verzet om te worden afgewogen tegen de belangen van derden. Dit om de eenvoudige maar evidente reden dat nauwelijks voorstelbaar is dat

57. Zulke afkeuring bleek overigens al bij de invoering van de huidige Faillissementswet aan het eind van de 19e eeuw, waarbij bij de parlementaire beraadslaging discussie bestond over de wenselijkheid van verzet door andere schuldeisers dan de faillissementsverzoeker(s). Het parlement vond, anders dan de minister, dat die optie, juist in het belang van derden en andere schuldeisers, wel degelijk moest bestaan: '[De vaste commissie] achtte het geenszins ondenkbaar, dat een faillissement met bijbedoelingen werd uitgelokt, en dat het belang van de schuldeisers of van derden, voor wie de [faillietverklaring] verschillende gevolgen verbindt, kon meebrengen dergelijken toelag te verijdelen' (zoals aangehaald in D. Veegens, *Het faillissement en de surséance van betaling*, Haarlem: Tjeenk Willink & Zn 1909, p. 45). Het lijkt er als gezegd sterk op dat de reden dat de wetgever het middel kennelijk *niet* in het toenmalige request-civiel heeft gezocht, te maken had met het toentertijd logge karakter daarvan.

58. Zie met name voetnoot 3.

59. Een in het oog springend voorbeeld vormt het kort geding.

60. Zie het bekende arrest *Ten Have/Bosman* (HR 4 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:AG7149, NJ 1998/44).

61. Zie onder meer Rb. Amsterdam (ktr.) 22 januari 1986, ECLI:NL:KTGAMS:1986:AC9191, NJ 1986/775.

62. M.I.W.E. Hillen-Muns & M.P.J. Ruijpers, 'Request-civiel: een buitengewoon rechtsmiddel nieuw leven ingeblazen?', *TCR* 1997, afl. 1, p. 3, onder verwijzing naar uitspraken van kantonrechters.

63. Idem.

een derde een rechtens te respecteren belang heeft bij een faillissementsuitspraak die blijkt te berusten op procesueel bedrog en welke in principe voor herroeping in aanmerking zou komen.

In het verlengde daarvan overtuigt het ‘derden-argument’ niet, omdat niet valt in te zien waarom de gevolgen voor derden in het onderhavige geval zwaarder zouden moeten wegen dan in andere civielrechtelijke (verzoekschrift)procedures. In de talloze (soorten) procedures die ons burgerlijk procesrecht kent, komt het regelmatig voor dat er grote groepen derden zijn op wie een uitspraak (in)direct invloed heeft. Men denke aan het extreme voorbeeld van de collectieve actie ex. art. 3:305a BW jo. art. 1018 Rv. Herroeping is daarbij op zichzelf niet uitgesloten.⁶⁴ Civielrechtelijke geschillen raken ook dikwijls het economische verkeer, waarbij al snel de belangen van een groot deel van een branche of handelsketen betrokken zijn. Ook durf ik de stelling aan dat faillissementszaken die slechts in *beperkte* mate invloed hebben op belangen van derden zich kwantitatief minstens zo vaak voordoen als handelszaken waarbij dergelijke belangen (en/of een significant deel van het handelsverkeer) in *grote* mate worden geraakt. Zo kunnen er vele gedaagden – wat dikwijls voorkomt – betrokken zijn bij een handelsgeding. Het onderscheid tussen faillissementsprocedures en niet-faillissementsprocedures lijkt mij dus in zoverre weinig bruikbaar.

Overigens zal herroeping juist met name voor derden uitkomst bieden wanneer sprake is van een op eigen aanvraag gevolgd faillissement dat zijn oorzaak vindt in kwade trouw. Ik breng in herinnering dat schuldeisers in ons land in geval van faillissement vrijwel altijd volledig achter het net vissen en een faillissementsverzoek dus (helaas) een geijkt middel is om hun het nakijken te geven.

10. Gesloten systeem van rechtsmiddelen

Dat brengt mij op een andere belangrijke pilaar van onderhavige herroepingsjurisprudentie: het ‘gesloten rechtsmiddelenstelsel in het kader van de procedure tot faillietverklaring’ die zou maken dat herroeping niet openstaat in faillissementszaken.⁶⁵ Dit punt uit *X/Holding*, tevens genoemd door Wesseling-van Gent in haar conclusie van 2003, bouwt voort op de uit *Zuiderwijk/NMB* afkomstige kennelijke notie dat herroeping niet valt onder de ‘rechtsmiddelen die krachtens [de Fw] tegen een [faillissementsbeslissing] kunnen worden aangevoerd’ maar ligt materieel óók in het verlengde van de gezichtspunten rechtszekerheid, derden en de openbare orde, die gelet op de formulering van betreffende kern-

overweging voor die notie redengevend zijn, daar zij, zo begrijp ik de Hoge Raad, van dat gesloten rechtsmiddelenstelsel de ratio vormen. Evengoed kan het worden beschouwd als een zelfstandige, meer wetssystematische aanvliegroute, betrekking hebbende op *hoe de wet nu eenmaal is*.

Hoewel dat uit de rechtstreeks relevante jurisprudentie niet met zoveel woorden blijkt,⁶⁶ moet de vigerende jurisprudentie gebaseerd zijn op de toelichting op het wetsvoorstel tot invoering van de huidige Fw in 1893:⁶⁷

‘Bijzondere voorschriften omtrent de voorzieningen tegen een vonnis van faillietverklaring zijn noodzakelijk, omdat in deze materie de gewone wijze van procederen niet voldoet aan de behoeften van het verkeer en de eischen der rechtszekerheid. Beide vorderen dringend dat eene aangevraagde faillietverklaring niet maanden lang slepende kan gehouden worden. Door het faillissement wordt in nagenoeg alle rechtsbetrekkingen, waarin de boedel staat, ingegrepen, worden zij meer of minder gewijzigd; langdurige onzekerheid of dit al of niet plaats zal hebben mag niet bestaan. (...) Het Ontwerp gaat daarom in de artikelen 8 – 10 nog een stap verder dan het Wetboek van Koophandel, en tracht door een zeer summieren rechtsgang en steeds eene procedure bij verzoekschrift voor te schrijven, eene spoedige afdoening en eindbeslissing ook bij de hoogere colleges te verzekeren.’

De wetgever motiveert hier niet meer dan diens keus voor een afwijkende regeling (‘bijzondere voorschriften’) in plaats van het van overeenkomstige toepassing verklaren van de algemeen-burgerlijkproceurechtelijke appel-, verzet- en cassatieregeling. De passage – waarin de idee van een gesloten rechtsmiddelenstelsel niet eens te ontwaren valt – ziet duidelijk op de reguliere gang van zaken. Over de vraag of de voorloper van herroeping tot ‘de gewone wijze van procederen’ werd gerekend, kan reeds worden gediscussieerd,⁶⁸ maar als dat niet zo is, dan zou de passage de vigerende jurisprudentie in zoverre al van meet af aan niet hebben gedragen. Maar ook in het andersluidende geval staat die buitengewone aard, in ieder geval sedert 2002, geenszins in de weg aan ‘een summiere rechtsgang’, een ‘spoedige afdoening en eindbeslissing’ en de ‘eisen van rechtszekerheid’.

Verondersteld dat de faillissementswetgever alle rechtsmiddelen buiten de bij Fw geregelde heeft *beoogd* uit te

64. Wel zijn er in de betreffende bepaling enige waarborgen en beperkingen opgenomen. Een vergelijking met andere procedures zal nog aan de orde komen, maar reeds hier dient zich bijvoorbeeld ook het voorbeeld aan van uitspraken van de Ondernemingskamer. Hiervan wordt eveneens aangenomen dat herroeping daarvan openstaat (Von Schmidt auf Altentadt, art. 390 Rv, aant. 2, in: *GS Burgerlijke Rechtsvoordering* met verwijzing naar HR 19 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2741, *JBP* 2015/3, m.nt. Th.B. ten Kate (*Stichting GOD*), in samenhang met de conclusie van de A-G (ECLI:NL:PHR:2014:670).

65. Hof 's-Hertogenbosch 6 september 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3695, r.o. 2.7.

66. Opvallend is ook dat deze passage uitsluitend opduikt in conclusies ter onderbouwing van het niet toepasselijk zijn van andere rechtsmiddelen dan herroeping op de Faillissementswet, zie o.a. concl. E.B. Rank-Berenschot voor HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1100. In de vigerende faillissements-herroepingsjurisprudentie is deze bij mijn weten nog niet eerder aangehaald.

67. Van der Feltz 1896-1897.

68. Ten Kate 1962, p. 307-310.

sluiten,⁶⁹ alsdan kennelijk zonder deze expliciet bij wet op te nemen, dan impliceert dat nog zeker niet dat herroeping toepassing mist.⁷⁰ Het lijkt mij juist om de bepalingen in de rechtsmiddelenrubriek van titel I van de Faillissementswet te beschouwen als *leges speciales* in verhouding tot de regeling voor appel, (derden)verzet en cassatie in Rv, en in zoverre ‘gesloten’ in de zin dat bijvoorbeeld de reguliere appelregeling van art. 332 e.v. Rv geen toepassing vindt. Maar zelfs als dat, puur theoretisch, zou betekenen dat ook andere rechtsmiddelen die géén faillissementsrechtelijke pendant kennen, uitgesloten moeten worden geacht, dan betekent dat nog niet dat het hoogst buitengewone en buiten de reguliere rechtsgang staande rechtsmiddel herroeping voor uitgesloten moet worden gehouden. De rechtbank Utrecht formuleerde het in 1908, nota bene in de context van het toen nog geldende request-civiel, treffend:⁷¹

‘[de Rechtbank is van oordeel] dat om de uitsluiting van een algemeen erkend rechtsmiddel, niet het minst van een, dat de bescherming onder andere geeft van de gevolgen van eene uitspraak, welke de rechter niet had mogen geven, in een wetsartikel te lezen die uitsluiting daarin uitdrukkelijk moet zijn voorgeschreven, wat in de aangehaalde woorden ten aanzien van het request niet het geval is’.

Mij is überhaupt geen andere regeling bekend waarvoor te gelden heeft dat een rechtsmiddel (laat staan herroeping) is uitgesloten, zonder dat dat op zijn minst op een expliciet *wettelijk* rechtsmiddelenverbod, -uitsluiting of -beperking berust.⁷² Het komt, omgekeerd, juist voor dat zelfs waar de wet dat wel expliciet doet, het de

rechtspraak is die de rechtzoekende te hulp schiet door het aanvaarden van gronden voor doorbreking daarvan.⁷³

In dat kader acht ik – in het bijzonder – een passage uit de conclusie van A-G Wesseling-van Gent opmerkelijk waarin zij over de reeds in paragraaf 7 door mij geciteerde verklaring van de wetgever bij de herziening van de request-civielregeling in 2002 *dat herroeping is toegelaten tegen alle vonnissen*, het volgende schrijft:⁷⁴

‘Deze laatste opmerking behoeft enige nuancering. Er zijn enkele gevallen waarin rekest-civiel is uitgesloten, zoals in de Onteigeningswet (de art. 541 en 540)(...). Daarnaast is het vonnis waarbij het geding is heropend niet vatbaar voor herroeping (art. 388 Rv.). De wetgever heeft met de opmerking over ‘alle vonnissen’ niet beoogd dit soort uitsluitingen af te schaffen. Uit deze passage kan, anders dan het middel betoogt, ook niet worden afgeleid dat herroeping tegen een beslissing op een verzoek tot faillietverklaring thans tot de mogelijkheden behoort(...).’

Het spreekt in mijn ogen vanzelf dat de wetgever niet heeft beoogd herroeping toe te staan in gevallen waarin dat *wettelijk* is uitgesloten. Voor de procedures die Wesseling-van Gent hier voor het overige aanhaalt, volgt de ontoelaatbaarheid van herroeping nu juist wél duidelijk uit de wet. ‘Dit soort uitsluitingen’ wekt ten onrechte de suggestie dat ooit zou zijn gebleken dat de wetgever herroeping binnen faillissementszaken zou willen uitsluiten. De vraag is nu juist óf zo’n verbod van toepassing is.

69. Reeds dat is niet gezegd, aangezien zo’n rechtsmiddelenverbod of -uitsluiting vrijwel altijd expliciet uit de wet volgt. In onderhavig geval is dat overigens, zoals reeds belicht, evenmin in impliciete zin het geval (zie ook hierna). Een consistente rechtsopvatting over dat gesloten stelsel van rechtsmiddelen zou uitsluitend met zich meebrengen dat de algemene bepalingen in Rv over appel, cassatie en verzet niet van toepassing zijn. Dat lijkt – ook mij – vanzelfsprekend (de bijzondere wet gaat immers voor de algemene), maar *zelfs dat* lijkt niet zonder meer een vaststaand gegeven. Zoals A-G E.B. Rank-Berenschot in haar conclusie opmerkt (ECLI:NL:PHR:2018:417, par. 2.9): ‘Artikel 362 lid 2 Fw bepaalt dat de derde titel van Boek I Rv (de verzoekschriftprocedure in eerste aanleg) niet van toepassing is op procedures ingevolge de Faillissementswet. Het werd op grond van de eigen aard van de faillissementsprocedure niet wenselijk geacht dat de derde titel van Boek I Rv daarop van toepassing zou zijn.(...) Strikt genomen verzet deze bepaling zich niet tegen de toepassing van de bepalingen over hoger beroep en cassatie tegen beschikkingen, die sinds 1 januari 2002 in de zevende (hoger beroep) respectievelijk elfde titel (cassatie) van Boek I Rv zijn opgenomen. In 2007 oordeelde Uw Raad nog dat artikel 362 lid 2 Fw ook aan analogische toepassing van de regels uit de derde titel van Boek I Rv in de weg staat, maar in meerdere daarna gewezen uitspraken werden verschillende bepalingen uit die titel niettemin (analogisch) toegepast. Ook zijn door Uw Raad meerdere malen bepalingen uit de titels 7 (hoger beroep) en 11 (cassatie) (overeenkomstig) toegepast in verzoekschriftprocedures op grond van de Faillissementswet.’ Dat is *a fortiori* een aanwijzing voor mijn stellingname.

70. Het is immers zeker niet gezegd dat een gesloten systeem van rechtsmiddelen met zich meebrengt dat een buitengewoon rechtsmiddel is uitgesloten. Vgl. HR 23 december 2005, *NJ* 2007/162, m.nt. H.J. Snijders; *T&C Rv*, art. 382 Rv en *GS Faillissementswet*, art. 282 Fw, aant. 4.

71. Rb. Utrecht 24 juni 1908, *W* 8800.

72. Art. 2:323 lid 8 BW (vernietiging van een fusie): ‘De onherroepelijke uitspraak tot vernietiging van een fusie is voor ieder bindend. Verzet door derden en *herroeping zijn niet toegestaan*.’ Art. 541 lid 2 Onteigeningswet: ‘Tegen het vonnis, of de beschikking, bedoeld in artikel 54k, staat *geen andere voorziening open dan* beroep in cassatie in het belang der wet.’ Art. 676a Rv (procedures betreffende een nalatenschap): ‘*Geen andere voorziening dan* cassatie in het belang der wet staat open tegen beschikkingen ingevolge (...).’ Art. 700 lid 2 laatste volzin Rv (beslagverlof): ‘(...) Tegen een krachtens dit lid gegeven verlof is *geen hogere voorziening* toegelaten.’ Art. 811 lid 3 Rv (afschrift bescheiden betreffende minderjarigen): ‘Tegen de beschikking staat *geen andere voorziening open dan* cassatie in het belang der wet.’ Art. 1018 lid 2 Rv (collectieve actie): ‘*Herroeping staat uitsluitend open* voor de in artikel 907, eerste lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek bedoelde stichtingen of verenigingen gezamenlijk (...).’

73. Vgl. in de context van appel: F.B. Bakels, A. Hammerstein & E.M. Wesseling-van Gent, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 4. Hoger beroep*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, aant. 22-24 en verder I. Giesen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 1. Beginselen van burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, aant. 250.

74. Concl. A-G E.M. Wesseling-van Gent, ECLI:NL:PHR:2003:AF3076, par. 2.5, voor ECLI:NL:HR:2003:AF3076 (de conclusie welke ook door het hof ’s-Hertogenbosch in *X/ Holding* is aangehaald).

Ook de wetssystematiek van zowel de Faillissementswet als het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering biedt al met al bijzonder weinig aanknopingspunten voor de in de staande jurisprudentie aangehangen rechtsopvatting. Eerstgenoemde wet bestaat uit drie titels: Faillissement (titel I), Surseance van betaling (titel II) en Schuldsanering (titel III), waarvan slechts de laatste twee een slotbepaling kennen waarin andere rechtsmiddelen dan in de respectieve titels geregeld, worden uitgesloten. Voor titel II (Surseance van betaling) is dat art. 282 Fw en voor titel III (Schuldsanering) art. 360 Fw, die gelijkluidend bepalen:

‘Tegen de beslissingen van de rechter, ingevolge de bepalingen van deze titel gegeven, staat geen hogere voorziening open, behalve in de gevallen, waarin het tegendeel is bepaald, en behoudens de mogelijkheid van cassatie in het belang der wet.’

Een dergelijke uitsluitingsbepaling ontbreekt in de faillissementstitel (I). Overigens heeft *zelfs dat* er niet aan in de weg gestaan dat de rechtbank Noord-Nederland in 2018 een beschikking tot verlening van surseance heeft herroepen.⁷⁵ In de uitspraak wordt hierover niet uitgeweid, maar vermoedelijk achtte de rechtbank het buitengewone karakter van (de huidige) herroeping zodanig, dat ze meende dat deze buiten de reikwijdte valt van art. 282 Fw, dat van ‘hogere voorzieningen’ spreekt (vgl. vijfde alinea van deze paragraaf). Het Bossche hof suggereert in *X/Holding* (r.o. 2.7.1.2) dat in deze beschikking geen acht is geslagen op het bepaalde in art. 282 Fw, als zou het wél daarop acht slaan aan de herroepingsbeslissing in de weg hebben gestaan. Dat lijkt mij, gelet op het voorgaande, onjuist. Om met Tekstra te spreken, in zijn annotatie bij voornoemde beschikking:⁷⁶

‘Aangezien op grond van art. 282 Fw geen hogere voorziening open staat tegen de beschikking tot surseanceverlening, was een herroepingsprocedure de aangewezen weg.’

De gangbare naslagwerken zijn er niet over uit of een expliciete uitsluiting van alle rechtsmiddelen (of die behoudens een specifiek rechtsmiddel) een herroepingsverbod impliceert.⁷⁷ Dat dat zo zou zijn, is in ieder geval geen vaststaand gegeven. Het standaardwerk op het ge-

bied van herroeping neigt, gezien het bijzondere karakter van herroeping, naar een ontkennend antwoord:⁷⁸

‘Soms volgt uit de eigen wettelijke regeling van de rechtsmiddelen in een bepaalde procedure dat het rechtsmiddel herroeping is uitgesloten.¹⁶ Of uit de desbetreffende rechtspraak die geheel op de betrokken bijzondere procedure toegesneden is, volgt dat bij uitsluiting van (alle) rechtsmiddelen ook steeds herroeping uitgesloten is, is onzeker.¹⁷ Denkbaar is dat in een gegeven geval het bijzondere karakter van herroeping om bij ernstige rechtsinbreuken herstel te bieden een uitzondering zal rechtsvaardigen [sic].’

Nog in het midden gelaten of de rechtsmiddelenverboden in de surseance- en schuldsanerings titel überhaupt een *herroepings*verbod inhouden – het feit dat de wetgever deze twee titels heeft menen te moeten afsluiten met een rechtsmiddelenverbod en die betreffende faillissement (titel I) níét,⁷⁹ legt mijns inziens veel wetssystematisch gewicht in de schaal voor de stelling dat een herroepingsverbod voor het faillissementsrecht niet van toepassing is.⁸⁰ De niet te betwisten wil van de wetgever tot de regeling van een speciaal op het faillissementsrecht toegespitst rechtsmiddelenstelsel, lijkt al met al geheel te zien op de reguliere situatie, waarbij (processuele) onregelmatigheden in de sfeer van de drie *huidige* herroepingsgronden, geenszins zijn beoogd.

Had de faillissementswetgever expliciet moeten voorzien in de mogelijkheid van herroeping zodat zij van toepassing zou zijn, of in een rechtsmiddelen- of herroepingsverbod om haar buiten toepassing te laten? Een belangrijke aanwijzing tot beslechting van dit kip-eiprobleem kan het antwoord zijn op de vraag, of het reguliere burgerlijk procesrecht dat is opgetekend in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, *ab initio* van toepassing is op de Faillissementswet. Hoewel deze vraag kan worden toegevoegd aan de lange lijst kwesties die door onze primaathoudende doch niet minder pragmatische staatsmacht nooit dogmatisch zijn uitgedacht, meen ik dat een bevestigend antwoord op die vraag, in ieder geval in onderhavig verband, juist is dan een ontkennend. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, althans het Eerste Boek daarvan, waarvan het opschrift luidt ‘De wijze van procederen voor de rechtbanken, de hoven en de Hoge Raad’ bestrijkt op zijn beurt de civiele rechtsple-

75. Rb. Noord-Nederland 7 maart 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:817, *JOR* 2018/168, m.nt. A.J. Tekstra.

76. Zie vorige voetnoot. In betreffende beschikking komt de rechtsmiddelenthematiek evengoed slechts terloops aan de orde. Zie in dezelfde zin inzake schuldsanering: M.B. de Boer, ‘Verzwijging door de schuldenaar van vermogensbestanddelen in geval van toepassing van de schuldsaneringsregeling’, *TvI* 2002, p. 74-75.

77. Volgens Winters in *T&C* is dit onduidelijk (B. Winters, in: *T&C Rv*, art. 382 Rv, aant. 1 onder d). Von Schmidt auf Altenstadt in de *Groene Serie* meent dat ‘een algemeen rechtsmiddelverbod naar zijn aard ook de herroeping zal treffen’ (Von Schmidt auf Altenstadt, art. 382 Rv, aant. 11.1, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*). Zulks met verwijzing naar de daarover evengoed iets genuanceerdere Snijders (H.J. Snijders, annotatie bij HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3252, *NJ* 2007/162).

78. Ten Kate & Korsten-Krijnen 2013, p. 6. Zie ook: *GS Faillissementswet*, art. 282 Fw, aant. 4, waaruit volgt dat het – *op z'n minst* – ‘niet duidelijk is of het verbod van art. 282 Fw (rechtsmiddelenverbod surseancetitel) mede het instellen van buitengewone rechtsmiddelen, zoals herroeping, omvat’.

79. Had de wetgever gemeend dat zo'n uitsluiting ook op titel I van toepassing moet zijn geweest, en zou het ontbreken ervan moeten worden geacht een ommissie te zijn, dan was dit aanleiding om een soortgelijke bepaling alsnog toe te voegen in het kader van het Wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht (*Kamerstukken* 33695) en/of de Wet modernisering faillissementsprocedure (*Stb.* 2018, 299, *Kamerstukken* 34740), die inmiddels deels in werking getreden is (*Stb.* 2018, 348).

80. Een equivalent van dit argument is reeds door Ten Kate gebruikt: Ten Kate 1962, p. 89.

ging in het algemeen, waar ook het insolventierecht deel van uitmaakt. Herroeping is opgenomen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en betreft daarom de in civiele procedures gedane uitspraken van de in art. 2 Wet RO genoemde gerechten (rechtbanken, hoven en de Hoge Raad).⁸¹ De Fw kent als bijzondere verzoekschriftprocedure weliswaar een eigen systematiek, maar valt – *mutatis mutandis* – evengoed onder het algemene procesrechtelijke regime van Rv.⁸² Onder andere kan daarbij, *a contrario*, verwezen worden naar art. 362 Fw, waarvan het tweede lid de toepasselijkheid van titel 1.3 Rv (verzoekschriftprocedure) uitsluit.⁸³

‘De derde titel van het eerste boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is niet van toepassing op verzoeken ingevolge deze wet.’

Deze bepaling was vanuit wetssystematisch oogpunt niet nodig geweest, indien het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering niet in beginsel van toepassing zou zijn op het faillissementsprocesrecht. Los daarvan wordt zelfs in weerwil van deze toch niet geheel onduidelijke bepaling, in brede kring (analoge) toepassing⁸⁴ en een expliciete wettelijke vantoepassingverklaring⁸⁵ bepleit van de commune verzoekschriftprocedure in titel 1.3 Rv op faillissementswettelijke procedures. De Hoge Raad lijkt hier vooralsnog maximaal gehoor aan te geven door – schijnbaar – te breken met zijn opvatting⁸⁶ dat titel 1.3 Rv niet analoog kan worden toegepast op faillissementswettelijke procedures.⁸⁷ In datzelfde verband heeft de Raad – geparafraseerd – geoordeeld dat art. 362 Fw (uitsluiting titel 1.3 Rv) niet in de weg staat aan de toepasselijkheid van art. 362 Rv (schakelbepaling commune verzoekschriftprocedure t.o.v. het commune hoger beroep),⁸⁸ dat op zijn beurt wél (voor hoger beroep) de toepasselijkheid van titel 1.3 Rv schept. Dit mag dus kennelijk geen omzeiling heten van art. 362 Fw, en als men die gedachte doortrekt voor het buitengewone rechtsmiddel herroeping, dan komt men in zoverre uit bij titel 10 Rv, waarin eveneens een koppeling met de dagvaardings- en verzoekschriftpro-

cedure in eerste aanleg wordt gemaakt (vgl. art. 385 jo. 391 Rv).

Verder valt te wijzen op de regeling van prejudiciële vragen, welke kennelijk louter op de voet van de desbetreffende regeling in Rv (10a), op het faillissementsrecht van toepassing is.⁸⁹ Zou mijn veronderstelling onjuist zijn, dan zou de door mij bekritiseerde rechtspraak, ter verwerping van een herroepingsmogelijkheid, bovendien min of meer kunnen volstaan met de vaststelling dat het commune burgerlijk procesrecht niet zonder meer op het insolventieprocesrecht van toepassing is.

11. Molengraaff en Ten Kate

Het in de jurisprudentie gebruikte argument dat herroeping vanwege het gesloten rechtsmiddelenstelsel niet van toepassing is op het faillissementsrecht, lijkt geënt te zijn op de opvatting van Willem Molengraaff:⁹⁰

‘Andere rechtsmiddelen dan de in de Faillissementswet genoemde kunnen tegen vonnissen in zake faillietverklaring niet worden aangevoerd. Met name zijn ze niet vatbaar voor requeste civiel. Dit volgt in de eerste plaats uit het in zich afgeslotene der in de Faillissementswet voorkomende regeling. Het onderwerp wordt hier in zijn geheel, volledig behandeld. Bovendien zijn de bepalingen omtrent het requeste civiel blijkbaar niet geschreven voor vonnissen, gewezen op een verzoekschrift na summier onderzoek. In elk geval passen de in art. 382 Rv. voorkomende uitdrukkingen “vonnissen op tegenspraak” en “vonnissen op verstek gewezen” niet bij de terminologie der Faillissementswet, welke deze onderscheiding niet kent.’

Zoals al belicht, was het toenmalige request-civiel evenwel een draak van een rechtsmiddel, dat voor meer dan de helft feitelijk een ‘gewoon’ rechtsmiddel was, onder meer omdat het grotendeels bestond uit verkapte appel- c.q. cassatiegronden en kon worden ingesteld binnen drie maanden *na de uitspraak*. Molengraaffs stellingname was

81. Ten Kate & Korsten-Krijnen 2013, p. 4.

82. Vgl. B.J. Engberts, ‘Insolventieprocesrecht in de schijnwerpers’, *TvI* 2016/10, p. 64. Anders: M. Ynzonides, ‘Faillissements- versus burgerlijk procesrecht’, *TvI* 2004/60, p. 301-302. Het beeld is al met al diffuus. De Hoge Raad past Rv-bepalingen in faillissementszaken wel eens ‘analogisch’ toe, hetgeen weer duidt op een initiële niet-toepasselijkheid van dat wetboek, maar daartegenover staan minstens zoveel voorbeelden (vgl. de toepassing van de prejudiciële vragenregeling (art. 392 e.v. Rv)) welke onverkorte toepasselijkheid van het wetboek vooronderstellen. Niet-toepasselijkheid wordt steeds langs de strekking van betreffende bepalingen beredeneerd en heeft dus een jurisprudentiële grondslag. Zo wordt de niet-toepasselijkheid van titel 1.10 Rv gegrond op het arrest *Zuijderwijk/NMB*, wat in onderhavig verband uiteraard een cirkelredenering zou opleveren. Een redenering van de strekking dat Rv *in beginsel* toepassing mist, is voor zover ik weet nooit aan de orde geweest. Dat geeft wat mij betreft de doorslag.

83. Hieruit volgt ook waarom de praktische relevantie van de door mij opgeworpen vraag naar de onderlinge verstandhouding buiten een casus zoals deze om, vrij gering is. De vraag naar toepasselijkheid van enige Rv-bepaling zal al gauw een bepaling betreffen in de derde titel. Dat is overigens niet helemaal waar. Zie bijvoorbeeld art. 106a Fw, welk artikel ‘op vordering’ dient te worden ingeroepen. Er lijkt hier in de rechtspraak zonder meer te worden verondersteld dat de reguliere dagvaardingsprocedure ingevolge Rv van toepassing is.

84. A.I.M. van Mierlo, in: *T&C Rv*, art. 261 Rv, aant. 5; *Wessels Insolventierecht I* 2018/1260 en 1261 en M. Pannevis, *Polak, Faillissementsrecht*, Deventer: Kluwer 2014 (13e druk), p. 470.

85. W.G.L. Giacometti-Vermeer & M. Ynzonides, ‘Het voorontwerp Insolventiewet bezien vanuit procesrechtelijk oogpunt’, *TvI* 2008/10.

86. HR 12 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7958, *NJ* 2007/622.

87. HR 11 april 2008, *NJ* 2008/221. Zie ook steeds de (uitvoeriger) bespreking van deze thematiek: Engberts *TvI* 2016, p. 69-70. Zie verder E.F. Groot, *Faillissementsprocesrecht* (Recht & Praktijk, nr. InsR16), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 4).

88. Zie onder meer HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:155.

89. Een tweetal voorbeelden: HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3636, *NJ* 2016/172, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Hoeksma/Trade*) en HR 17 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1272, *NJ* 2022/14, m.nt. S. Perrick.

90. Star Busmann & Molengraaff 1936, p. 118.

gelet hierop dan ook niet vreemd. Veelzeggend is ook dat hij zijn standpunt uitwerkt met verwijzing naar met contentieuze rechtspraak samenhangende wettelijke terminologie – ‘vonnissen op tegenspraak’ en ‘vonnissen op verstek gewezen’ – die de huidige herroepingsfiguur niet meer kent. Anders dan bijvoorbeeld Wesseling-van Gent lijkt te impliceren,⁹¹ valt aan deze notie van weliswaar een van de grondleggers van de Faillissementswet geen argument te ontleen ter schraging van een faillissementsrechtelijk herroepingsverbod anno 2022.

Zelfs in het tijdperk van het request-civiel was Molengraaffs opvatting echter niet onomstreden. Ten Kate, die sinds begin 2022 helaas niet meer onder ons is maar nog lang te gelden zal hebben als gezicht van onderhavig rechtsmiddel en zelfs als een van de geestesvaders van de wettelijke herziening van ons burgerlijk procesrecht sedert 1 januari 2002, was het, in lijn met mijn bovenstaande opmerkingen, met Molengraaff oneens:⁹²

‘Maar, als men in het oog houdt, dat art. 382 Rv. – gezien het hierboven gestelde – op zichzelf zeer wel van toepassing zou kunnen zijn en daarbij, dat de toepasselijkheid van art. 382 Rv. ook aanmerkelijk nut kan stichten bij deze procedure, is het de vraag, of er niet meer aanleiding is voor de stelling, dat nergens in de Faillissementswet of elders in enige andere wet de niet-toepasselijkheid van het request-civiel in dezen is uitgesproken, noch ook de mogelijke rechtsmiddelen tegen een vonnis van faillietverklaring nadrukkelijk tot de in de Faillissementswet aangewezen rechtsmiddelen met zoveel woorden worden beperkt(...). Voorts valt het op, dat Molengraaff met dit argument, dat overigens niet door bewijsplaatsen of nadere motivering wordt gestut, niet volstaat, doch het nodig vindt er bovendien de ook door de Hoge Raad genoemde, hierboven besproken motieven aan toe te voegen; en tenslotte dat aanneming van de toepasselijkheid van het rechtsmiddel van request civiel in het geheel niet in strijd komt met het proceduraal systeem van de Faillissementswet – behalve wanneer men dit stelsel in zich afgesloten acht –, maar, zoals reeds gezegd, daarbij juist van groot nut kan zijn.

(...)

De tegenwerping, dat de procedureregeling tot faillietverklaring in zichzelf afgesloten zou zijn, kan mij van het tegendeel niet overtuigen, hoe sterk dit argument ook op het eerste gezicht lijkt. Ook hier kan het rechtsmiddel van request-civiel, algemeen gegeven ter afsnijding van

de door de wetgever de grootste geachte onbillijkheden – welke nu eenmaal altijd besloten liggen in een stelsel, dat al te lange procedures en het telkens weer opnieuw beginnen over eenzelfde zaak wil voorkomen – uitkomst bieden; en het valt niet in te zien, waarom hier aan de justitiabelen dit uiterste en buitengewone redmiddel zou zijn onthouden, indien zich een geval als genoemd in art. 382 of art. 383 Rv. voordoet, nu de wet met zoveel woorden niet daartoe dwingt, terwijl wel de ratio van art. 382 Rv. hier geldt, zoals elders voor de dagvaardingsprocedure.’

De opvattingen van binnen deze thematiek niet de minste auteur, zijn dus contrair aan de staande jurisprudentie.⁹³ Ten Kate beargumenteert zijn – in literatuur en jurisprudentie onderbelichte – pleidooi vóór de mogelijkheid van herroeping van faillissementsuitspraken onder meer met behulp van het waargebeurde voorbeeld van een bedrijfelijke faillissementsaanvraag waarna de failliet niet is verschenen omdat de verzoeker opzettelijk een onjuist adres heeft opgegeven. De failliet kwam hier eerst na het verstrijken van de faillissementsrechtelijke appel- en verzettermijn achter en was aangewezen op een onrechtmatigedaadsactie.⁹⁴ Op die wijze zijn er natuurlijk meer voorbeelden denkbaar waarbij de vigerende jurisprudentie tot grote onbillijkheden leidt.

Dat brengt mij bij iets wat hier niet onbesproken kan blijven: de soms aan rechterlijke verleiding onderhevige⁹⁵ referentie aan schadeverhaal op grond van een onrechtmatigedaadsactie als alternatief voor, in dit geval, herroeping. Als dat soelaas zou bieden op een wijze die bij de mogelijkheden van herroeping en heropening van het geding in de buurt komt, zou dat onderhavige discussie doen beperken tot een meer dogmatische. Dat doet het echter alleen al niet omdat het afstuit op het gewijsde van de faillissementsuitspraak.⁹⁶ Daarnaast zal lang niet altijd de lat van art. 6:162 BW kunnen worden gehaald, waar(naast) de behoefte aan reputatieherstel gerechtvaardigd en het rechtstatelijke herstel van de integriteit van overheidsrechtpraak geboden is. Heropening, gevolgd door al dan niet volledige herroeping, maakt maatwerk mogelijk dat, mede gelet op vorengenoemde desiderata, wenselijk is. Bovendien impliceren de b- en c-grond van art. 382 Rv (achtergehouden of valse stukken) niet automatisch dat de wederpartij onrechtmatig heeft gehandeld in de zin van art. 6:162 BW.⁹⁷

91. Concl. A-G E.M. Wesseling-van Gent, ECLI:NL:PHR:2003:AF3076, voor HR 7 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3076.

92. Ten Kate 1962, p. 89-91.

93. Opvallend is overigens dat in het veel – zo ook hier – aangehaalde standaardnaslagwerk over het rechtsmiddel herroeping, Ten Kate & Korsten-Krijnen 2013, waarvan de laatste druk is bewerkt door zowel Ten Kate als Wesseling-van Gent, die er ter zake getuige hun eerdere werk een tegengestelde opvatting op nahouden, in voetnoot 36 terloops wordt gesteld dat het door de HR in 1983 afwijken van Ten Kates aldus uit diens proefschrift volgende rechtsopvatting ‘terecht’ zou zijn (zie Ten Kate & Korsten-Krijnen 2013, p. 14). Een uitleg hiervan als zou Ten Kate hiermee terugkomen van zijn opvattingen (wat door het hof ’s-Hertogenbosch in *BV c.s./LTD*, r.o. 3.5.2.2 lijkt te worden gesuggereerd), stuit mijns inziens alleen al af tegen het feit dat dit alsdan zou hebben geschreeuwd om een nadere toelichting.

94. Ten Kate 1962, p. 90.

95. Zie in casu *BV c.s./LTD*, r.o. 3.5.5.

96. Von Schmidt auf Altenstadt, art. 382 Rv, aant. 9.1, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*; zie ook Ten Kate 1962, p. 224-237.

97. Ten Kate 1962, p. 225. Zie verder over de samenloop tussen (mislukte) herroeping en OD en de onduidelijkheid over de toelaatbaarheid daarvan: A.G. Castermans & H.B. Krans, *Samenloop* (Monografieën BW A21), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 119 e.v.

12. De Bossche doos van Pandora

De terughoudendheid in de rechtspraak lijkt mede ingegeven door een vrees voor de aanzuigende werking van het mogelijk maken van herroeping in faillissementszaken. Het duidelijkst komt die naar voren in de opvatting van het hof 's-Hertogenbosch in *BV c.s./LTD* dat

‘[het ontvankelijk verklaren van een herroepingsverzoek] het openen van een (procedurele) doos van Pandora [vormt], omdat dan ieder faillissement op ieder willekeurig moment en dus in elk [sic] fase van de afwikkeling ter discussie gesteld zou kunnen worden via een verzoek tot herroeping. Dit zal – ook indien dergelijke verzoeken na beoordeling vrijwel steeds kansloos blijken – de ordentelijke afwikkeling van faillissementen meer dan ernstig belemmeren en het werk van curatoren onmogelijk maken’.

Het hof lijkt het feit over het hoofd te zien dat het enkele instellen van een buitengewoon rechtsmiddel zoals herroeping sowieso geen schorsende werking heeft⁹⁸ en dat faillissementsuitspraken los daarvan van rechtswege op de minuut uitvoerbaar bij voorraad zijn, ‘niettegenstaande enige daartegen gerichte voorziening’, kortom, dat ook blijven, ondanks het instellen van welk rechtsmiddel ook.⁹⁹ Verder zijn in het procesrecht van sedert 2002 ook de gevolgen van heropening beduidend minder verstrekkend,¹⁰⁰ nog daargelaten de zeef van het rechterlijk beoordelingsvermogen waar het gaat om kansloze herroepingsvorderingen of -verzoeken.¹⁰¹

Van de momenteel op rechtspraak.nl ruim 650 000 gepubliceerde uitspraken, betreffen ongeveer 400 herroepingszaken.¹⁰² Bij niet meer dan enkele tientallen daarvan is het van een daadwerkelijke herroeping gekomen. Het door het hof geschetste gevaar lijkt mij dus voorbarig.

13. Welke afdeling van titel 1.10 Rv is van toepassing?

Iets anders wat het Bossche hof – in navolging van de conclusie bij HR 7 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3076 – in mijn ogen verkeerd ziet, betreft het oordeel dat, omdat de faillissementsprocedure een verzoekschriftprocedure is, afdeling 2 van titel 1.10

(‘Herroeping van beschikkingen’) en dus art. 390 Rv van toepassing zou zijn. En niet afdeling 1 (‘Herroeping van vonnissen’) en het daarbij horende art. 382 Rv. Een verzoekschrift zou volgens die opvatting de juiste rechtsingang zijn om de herroeping van een faillissementsuitspraak te vragen. Het is een (voordien nog nooit gebruikte) aanvliegroute die louter lijkt te strekken tot een extra ‘haakje’ voor het afwijzende oordeel (r.o. 3.5.2). Dat haakje betreft het reeds hiervoor besproken wettelijke voorbehoud dat, in het geval van herroeping in verzoekschriftprocedures, ‘de aard van de beschikking’ zich niet tegen herroeping mag verzetten. De regeling voor herroeping van vonnissen kent deze clausule niet. De gedachte om toepassing te geven aan art. 390 Rv klinkt op het eerste oog zo gek nog niet: de respectieve afdelingen zien in de geest op soorten *procedures* en de faillissementsprocedure is een verzoekschriftprocedure, die bij toewijzing weliswaar in een vonnis resulteert, maar dat zou in dit kader, zo luidt kennelijk de gedachtegang, slechts een betekenisloze curiositeit zijn.

Het feit dat faillissementsvonnissen vonnissen zijn en geen beschikkingen, is echter zeker niet betekenisloos. De ratio om faillietverklaring bij vonnis te laten geschieden is dat een vonnis met meer waarborgen is omkleed,¹⁰³ kortom bescherming van de failliet beoogt – overigens een desideratum dat uitgerekend in lijn ligt met de argumenten die vóór herroepbaarheid ervan pleiten. Van oudsher is in de jurisprudentie dan ook strikt de hand gehouden aan dit onderscheid.¹⁰⁴ Daarbij komt het eenvoudige gegeven dat de Rv-wetgever in 2002 nu eenmaal aansluiting heeft gezocht bij het type uitspraak en niet het type procedure. En daar valt ook nog eens veel voor te zeggen: het zijn uitspraken die worden herroepen, niet procedures. Bovendien, de (kennelijke) gedachte dat aan het vonniskarakter van een faillietverklaring geen gevolgen dienen te worden verbonden en dat de regels van afdeling 10.1 *ab initio* geen toepassing kunnen vinden, overtuigt alleen al niet omdat ze feitelijk indruist tegen de vigerende jurisprudentie waar betreffend hof zich op baseert. Ware dit geen gelegenheidsoordeel van het hof, dan zou het rechtsoordeel in de vigerende jurisprudentie vóór 2002 (althans 1996¹⁰⁵) hebben kunnen volstaan met, of in ieder geval gepaard kunnen gaan met de notie dat request-civiel – ondanks het feit dat art. 382 (oud) Rv spreekt van ‘de vonnissen’ – sowieso niet openstaat binnen de verzoekschriftprocedure. Zoals we hebben gezien

98. Art. 386 Rv.

99. Art. 4 lid 5 Fw.

100. De heropeningsuitspraak, die impliceert dat de juistheid van de te herroepen uitspraak op zijn minst aan gereede twijfel onderhevig is, kan het geding ook *gedeeltelijk* herroepen en vernietigt sinds 2002 langer van rechtswege de te herroepen uitspraak, maar schorst, eventueel gedeeltelijk, de tenuitvoerlegging ervan. Zie ook paragraaf 4 en *Kamerstukken II* 1999/2000, 26855, nr. 3, p. 174.

101. Voor de rechtshandelingen van de curator is bij wet zelfs een voorziening getroffen in art. 13 Fw, dat bewerkstelligt dat deze ondanks het instellen van een rechtsmiddel onaangetaast blijven, hoewel hieraan in het geval van herroeping niet eens behoefte zal zijn om de eenvoudige reden dat herroeping als zodanig geen terugwerkende kracht heeft omdat ze niet tot vernietiging maar tot heroverweging van een uitspraak leidt.

102. Peilmoment: oktober 2022. Dit is, gelet op het exotische karakter van dit rechtsmiddel (vgl. art. 5 onder e Besluit selectiecriteria uitspraakendatabank Rechtspraak.nl en de toelichting daarop) vermoedelijk een groot zo niet het overgrote deel van de uitspraken die – in ieder geval sinds het bestaan van rechtspraak.nl, hoewel daarop ook oudere uitspraken staan – ter zake gewezen zijn.

103. A.I.M. van Mierlo, ‘De procedure tot faillietverklaring in het licht van het commune procesrecht’, *TvI* 1998/1, p. 9, onder verwijzing naar de dissertatie van Ynzonides. Zie ook T.T. van Zanten & I.M.A. Lintel, ‘Processuele aspecten van de procedure tot faillietverklaring. Deel I – Eerste aanleg’, *TvI* 2016/33, p. 218.

104. HR 20 juli 1916, *NJ* 1916/1096 en HR 13 maart 1924, *NJ* 1924/534.

105. Zie voetnoot 60.

is echter niets minder het geval en beoogt zowel *Volbers/Nolet* als *Zuijderwijk/NMB* uitsluitend op inhoudelijke gronden te onderbouwen waarom het faillissementsrecht zich naar zijn aard niet zou lenen voor request-civil.

Er is dus in zoverre geen reden om van de tekst van de wet af te wijken. Temeer niet, nu de tenzij-clausule juist in faillissementszaken materieel gezien recht doet aan het onderscheid tussen vonnis en beschikking. Zoals we reeds zagen, zijn er sterke aanwijzingen dat de wetgever met het opnemen van deze clausule met name de situatie op het oog heeft gehad dat de wet reeds voorziet in een processuele figuur waarmee de rechtsgevolgen van een beschikking via rechterlijke weg ongedaan gemaakt kunnen worden, hetgeen de noodzaak van herroeping beperkt. Te verdedigen valt dan ook dat het faillissementsprocesrecht zich voor een dergelijke subsidiariteitstoets leent en dat de bij beschikking geschiedende *afwijzing* van een faillissementsverzoek, ook als deze op processueel bedrog berust, zich vanuit haar aard tegen herroeping verzet. Immers, van de faillissementsverzoeker mag worden verwacht dat deze een tweede faillissementsverzoek indient, geschraagd van diens gedane ontdekkingen.

14. Afronding en conclusie

Gezien de rechtsontwikkelingen sinds de twee in de vorige eeuw gewezen standaardarresten van de Hoge Raad waardoor het door mij besproken herroepingsverbod wordt gedragen, zou dat verbod vandaag de dag niet meer worden uitgevonden. In de meer recente jurisprudentie van feitenrechters lijkt naar dat verbod toe te worden geredeneerd (zo zijn zowel de belangen van derden als het openbareordekarakter van faillissement terug te voeren op de oorspronkelijke gedachte dat het faillissementsgeding niet contentieus zou zijn) en wordt een koerswijziging niet aangedurfd. Verder is in de juridische literatuur een echte – laat staan recente – gedachtewisseling ter zake van dat vraagstuk vooralsnog uitgebleven.¹⁰⁶ In deze bijdrage heb ik mijn eigen positie uiteengezet, die neerkomt op de stelling dat op de gedachte dat herroeping en faillissement *nu nog* twee onverenigbare grootheden zouden zijn, in meerdere opzichten het nodige valt af te dingen. Het meest springende punt daarbij is, dat het verbod zich bij nadere beschouwing laat verklaren vanuit de aard van het vroegere *request-civil*, waar een verre van denkbeeldig risico van uitgang voor de – bij betreffende standaardrechtspraak geaccentueerde – faillissementsrechtelijke desiderata, zoals rechtszekerheid. De nieuwe wet van 2002 heeft deze risico's weggenomen. De sindsdien geldende herroepingsgronden zien nog uitsluitend op processueel bedrog. Wanneer een uitspraak daar daadwerkelijk op blijkt te berusten, valt in mijn optiek het nut en de noodzaak van herstel daarvan vanuit zijn aard niet af te wegen tegen belangen van derden. Verder heeft de afwikkeling van het faillissement – wederom sinds het procesrechtelijke landschap van ná 2002 en an-

ders dan met name de recentere jurisprudentie beoogt, niets te duchten van kansloze herroepingsverzoeken. Ook het argument betreffende het gesloten rechtsmiddelenstelsel overtuigt niet, alleen al omdat niet kan worden gezegd dat dat aan herroeping in de weg staat.

Langemeijer betitelde het toenmalige request-civil eens als 'het recht van de Zonnekoning'. Dat deed hij in zijn bijdrage aan het *liber amicorum* van Ten Kate, refererend aan het instrument van de Franse koningen dat de oorsprong van het rechtsmiddel vormt.¹⁰⁷ De hand van de Zonnekoning valt sedert 2002 echter minder dan ooit te ontwaren in de aard en opzet van het nieuwe rechtsmiddel herroeping. De wetswijziging van 1 januari van dat jaar betrof verre van een loutere naamswijziging, maar de transformatie van een uit het Franse recht overgebleven uitgedijd juridisch archaïsme tot een eigentijds rechtsmiddel dat eerst sedertdien met recht 'buitengewoon' mag worden genoemd. Een *ultimum remedium* kortom, dat buiten de dagelijkse (faillissements)praktijk staat.

Het is dezelfde Ten Kate wiens bij proefschrift (1962) opgetekende visie van niet te onderschatten invloed is geweest op de herijking van het rechtsmiddel in 2002. Minder bekend is dat juist hij, nota bene nog onder de oude request-civilregeling, in zijn proefschrift een vurig pleidooi hield vóór toepasselijkheid van dat rechtsmiddel op faillissementsuitspraken (zie paragraaf 11). Zoals in mijn bijdrage naar voren kwam, heeft de tijd dat pleidooi in aanzienlijke mate kracht bijgezet, en is veel te zeggen voor de stelling dat de aloude standaardrechtspraak over dit vraagstuk rijp is voor herroeping.

106. Ik tel aldus in totaal vier auteurs die door de jaren heen elk op hun eigen wijze, in beschouwende zin iets over het onderwerp hebben geschreven: Molengraaff in zijn handboek (1936), Ten Kate in zijn proefschrift (1962), Heemskerck in zijn annotatie (1983) en Wesseling-van Gent in haar conclusies (2003 en 2004). De conclusie van Rank-Berenschot uit 2018 raakt betreffend rechtsmiddel in specifieke zin zijdelings.

107. Langemeijer 2001, p. 6.