

JOR 2018/56, Rechtbank 's-Gravenhage 30-11-2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:14290, C/09/17/413 (met annotatie van mr. G.G. Boeve) Verzet tegen faillietverklaring, Toestand van te hebben opgehouden te betalen, Failliet treft na faillietverklaring betalingsregeling met aanvrager faillissement, Toetsing ex nunc, Verwijzing naar HR 5 juni 2015, «JOR» 2015/311, m.nt. Bijloo (HSK/Bosma)

Wetsbepaling(en):

FW artikel 1, FW artikel 6, FW artikel 8

Ook gepubliceerd in:

ECLI:NL:RBDHA:2017:14290

JOR 2018/56, Rechtbank Den Haag, 30-11-2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:14290, C/09/17/413 F (annotatie)

Inhoudsindicatie

Verzet tegen faillietverklaring, Toestand van te hebben opgehouden te betalen, Failliet treft na faillietverklaring betalingsregeling met aanvrager faillissement, Toetsing ex nunc, Verwijzing naar HR 5 juni 2015, «JOR» 2015/311, m.nt. Bijloo (HSK/Bosma)

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

Gegevens

Instantie	Rechtbank Den Haag
Datum uitspraak	30-11-2017
Publicatie	JOR 2018/56 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 2, 2018
Annotator	• mr. G.G. Boeve
ECLI	ECLI:NL:RBDHA:2017:14290
Zaaknummer	C/09/17/413 F
Overige publicaties	• ECLI:NL:RBDHA:2017:14290
Rechtsgebied	Insolventierecht
Rubriek	Financiering, zekerheden en insolventie
Rechters	• mr. Holtrop
Partijen	In het faillissement van: X, advocaat: H.F.C. Hoogendoorn, tegen Y,

advocaat: mr. R.W.F. Heijmeriks.

Regelgeving

- Fw - 1
- Fw - 6
- Fw - 8

Samenvatting

De schuldenaar tegen wie het verzoek tot faillietverklaring is gericht, verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen indien de schuldenaar meerdere schuldeisers heeft en de schuldenaar is opgehouden met betalen. Bij de behandeling van het verzet dient de rechtbank de vraag of de schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen te beoordelen aan de hand van gegevens die thans gelden. Er vindt derhalve een toetsing ex nunc plaats (HR 5 juni 2015, «JOR» 2015/311, m.nt. Bijloo (HSK/Bosma)). De faillissementsaanvraag heeft zich ontwikkeld tot een geducht incassomiddel. Dat brengt met zich dat onder omstandigheden tijdens de faillissementszitting tussen partijen een betalingsregeling getroffen kan worden, zodat het faillissement alsnog kan worden afgewend. In de onderhavige zaak zijn partijen een betalingsregeling overeengekomen. Omdat de rechtbank in verzet opnieuw heeft te beoordelen of de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, wordt de overeengekomen betalingsregeling ook in het oordeel betrokken. Nu ten aanzien van de hoofdvordering een betalingsregeling is getroffen, verkeert schuldenaar niet in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen. Aan dit oordeel ligt mede ten grondslag dat de aanvrager en de curator hebben ingestemd met de betalingsregeling. Het verzoek tot vernietiging van het faillissement dient derhalve gegrond te worden geacht en het faillissement van 14 november 2017 dient te worden vernietigd.

Uitspraak

(...; *red.*)

Stellingen van partijen

[Schuldenaar] heeft de rechtbank bij faxbericht van 28 november 2017 – samengevat weergegeven – bericht dat met de aanvrager van het faillissement ([Aanvrager]) overeenstemming is bereikt over de voorwaarden waaronder het faillissement kan worden vernietigd. Die voorwaarden houden in dat per ommegaande na vernietiging van het faillissement met geld afkomstig van een derde, een deelbetaling aan [aanvrager] wordt verricht. Dat geld is beschikbaar op de derdenrekening van mr. Hoogendoorn. Ten aanzien van de restantvordering is afgesproken dat deze vordering gedurende zeven dagen na vernietiging van het faillissement niet opeisbaar zal zijn in afwachting van een nog te treffen betalingsregeling. [Aanvrager] heeft hier op 28 november 2017 mee ingestemd. Met de curator is een soortgelijke regeling getroffen voor zijn boedelvordering.

Onder verwijzing naar HR 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1473 («JOR» 2015/311(*HSK/Bosma*), m.nt. Bijloo; *red.*) en de noot van mr. G.G. Boeve bij Rb. Zeeland-West-Brabant, 31 mei 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:3724 («JOR» 2016/343; *red.*) stellen zowel [schuldenaar] als [aanvrager] zich op het standpunt dat het faillissement kan worden vernietigd op grond van voornoemde betalingsregeling.

De beoordeling

De schuldenaar tegen wie het verzoek tot faillietverklaring is gericht, verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen indien de schuldenaar meerdere schuldeisers heeft en de schuldenaar is opgehouden met betalen. Bij de behandeling van het verzet dient de rechtbank de vraag of de schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen te beoordelen aan de hand van

gegevens die thans gelden. Er vindt derhalve een toetsing ex nunc plaats, HR 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1473 («JOR» 2015/311(*HSK/Bosma*), m.nt. Bijloo; *red.*).

De faillissementsaanvraag heeft zich ontwikkeld tot een geducht incassomiddel. Dat brengt met zich dat onder omstandigheden tijdens de faillissementszitting tussen partijen een betalingsregeling getroffen kan worden, zodat het faillissement alsnog kan worden afgewend. In de onderhavige zaak zijn partijen een betalingsregeling overeengekomen. Omdat de rechtbank in verzet opnieuw heeft te beoordelen of de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, betreft de rechtbank de overeengekomen betalingsregeling ook in haar oordeel.

Nu ten aanzien van de hoofdvordering een betalingsregeling is getroffen, verkeert [schuldenaar] naar het oordeel van de rechtbank niet in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen. Aan dit oordeel ligt mede ten grondslag dat de aanvrager en de curator hebben ingestemd met de betalingsregeling.

De rechtbank is gelet op het voorgaande van oordeel dat voldoende is gebleken van het bestaan van feiten en omstandigheden welke aantonen dat [schuldenaar] in staat is zijn betalingen te hervatten zodat hij niet langer in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen. Het verzoek tot vernietiging van het faillissement dient derhalve gegrond te worden geacht en het faillissement van 14 november 2017 dient te worden vernietigd.

Na vaststelling van het salaris van de curator en het bedrag van de door deze gemaakte kosten, zal de rechtbank deze kosten alsmede de kosten van de aanvraag van het faillissement ten laste brengen van [schuldenaar].

Beslissing

De rechtbank:

- verklaart het verzet gegrond;
- vernietigt het op 14 november 2017 uitgesproken faillissement van:

[schuldenaar],

(...; *red.*)

Noot

1. Deze uitspraak gaat over een schuldenaar die bij verstek failliet was verklaard en daartegen verzet deed (ex art. 8 lid 2 Fw). Vóór de behandeling van het verzet treft hij een betalingsregeling met de aanvrager van het faillissement, inhoudende dat direct na vernietiging van het faillissement een deel van de vordering van de aanvrager zal worden betaald (met geld afkomstig van een derde) en dat over het restant nog verder zal worden onderhandeld. De rechtbank betreft deze betalingsregeling in haar oordeel of de schuldenaar is opgehouden te betalen (onder verwijzing naar HR 5 juni 2015, «JOR» 2015/311, m.nt. Bijloo en *NJ* 2015/320, m.nt. Verstijlen (*HSK/Bosma*)) en beslist vervolgens dat de schuldenaar niet in die toestand verkeert en vernietigt het faillissement. Aan dit oordeel ligt mede ten grondslag dat ook de curator met de betalingsregeling heeft ingestemd.

2. Verzet heeft een herkansingsfunctie, in die zin dat “het geding waarin verstek was verleend, op tegenspraak in dezelfde instantie wordt voortgezet” en het degene “die in het geding niet was verschenen en daardoor zijn belangen bij de rechter niet kon verdedigen, daartoe alsnog de gelegenheid (biedt), hetgeen strookt met het beginsel van ‘hoor en wederhoor’”, zie HR 23 juni 1993, *NJ* 1993/559. Als gevolg daarvan en mede vanwege de ingrijpende gevolgen van een faillissement, besliste de Hoge Raad in zijn arrest *HSK/Bosma*, dat “met de strekking van het rechtsmiddel van verzet en met de ingrijpende

gevolgen die een faillietverklaring heeft, zich niet verdraagt dat de schuldenaar die zich tegen de bij verstek uitgesproken faillietverklaring wenst te verzetten, bijvoorbeeld met de stelling dat de vordering van de aanvrager niet of niet langer bestaat (...) bij dat verweer geen baat meer kan hebben”. Blijkt deze stelling van de schuldenaar juist, dan ontnemt dat de aanvrager de bevoegdheid om het faillissement uit te lokken en leidt dat tot vernietiging van het faillissement, zónder dat de vraag of de schuldenaar in de toestand verkeert te hebben opgehouden te betalen aan de orde komt. Zie aldus over het geval waarbij de vordering van de aanvrager werd betaald voor de verzet-uitspraak o.m. het verwijzingshof na HSK/Bosma, Hof 's-Hertogenbosch 17 september 2015, *NJF* 2015/512, en Rb. Zeeland-West-Brabant 31 mei 2016, «JOR» 2016/343, met noot van mijn hand.

3. De hiervoor beschreven situatie van verzet tegen een verstekfaillissement, onderscheidt zich van het geval waarbij de schuldenaar hoger beroep instelt tegen een uitgesproken faillissement (ex art. 8 lid 1 Fw). In dat geval dient de beroepsrechter te beoordelen of de schuldenaar (nog) in de toestand verkeert van te hebben opgehouden te betalen, ook ingeval de vordering van de aanvrager na de faillietverklaring is betaald (o.m. HR 4 november 1949, *NJ* 1950/17), en is de beroepsrechter niet gebonden aan de standpunten van de aanvrager en de schuldenaar, over het bestaan van de vordering van de aanvrager én over het bestaan van de faillissementstoestand (HR 10 november 2006, *NJ* 2006/610 (*Hesco Fashion c.s./Freudenberg Vliesstoffe c.s.*)). Zie nader Verstijlen in zijn noot bij HSK/Bosma onder verwijzing naar andere relevante literatuur en jurisprudentie.

4. Kan nu ook, zoals in de voorliggende zaak het geval was, een voor de verzet-uitspraak met de aanvrager getroffen betalingsregeling leiden tot vernietiging van het bij verstek uitgesproken faillissement, zónder dat daarbij de faillissementstoestand wordt getoetst? De vordering van de aanvrager bestaat dan immers nog op het moment van de verstekuitspraak (dit in tegenstelling tot de zaak HSK/Bosma, waarbij de vordering van de aanvrager voor die uitspraak werd betaald). Eerder gaf ik aan dat dit volgens mij mogelijk is (zie nr. 5 van mijn noot in «JOR» 2016/343). Het is moeilijk voorstelbaar dat bij een overeengekomen betalingsregeling de aanvrager in zijn aanvraag volhardt. De schuldenaar kan hier vanwege de herkansingsfunctie van het verzet een verweer aan ontleen, dat rechtstreeks leidt tot vernietiging van het verstekfaillissement. Vgl. de in HSK/Bosma bij wijze van voorbeeld besproken verweren (dat de vordering van de aanvrager niet of niet langer bestaat) en het daaraan verbonden gevolg (vernietiging van het faillissement vanwege het onbevoegdlijk uitlokken daarvan). Aan een zelfstandige toetsing door de rechtbank van de vraag of de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij is opgehouden te betalen, zoals de Rechtbank Den Haag dat hier heeft gedaan, komt men dan niet toe.

5. Overigens erkent de rechtbank de herkansingsfunctie van het verzet wel, in die zin dat het geding in dezelfde instantie wordt voortgezet. Zij vergelijkt de voorliggende situatie immers met de praktijk waarbij tijdens de faillissementszitting tussen partijen een betalingsregeling kan worden getroffen, zodat het faillissement alsnog kan worden afgewend. Zoals gezegd had dit volgens mij niet hoeven te leiden tot een beoordeling of de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen (welke beoordeling in hoger beroep wel kan plaatsvinden), maar tot vernietiging van het faillissement omdat de aanvrager het faillissement *ex nunc* beschouwd onbevoegd heeft uitgelokt.

6. De *second chance* van verzet, zoals die onder meer blijkt uit HSK/Bosma, is bepaald niet altijd in het belang van de andere schuldeisers bij handhaving van de reeds ingetreden faillissementstoestand en hun daarmee bepaalde rechtsposities, zeker als het evident is dat de schuldenaar is opgehouden te betalen. In dat laatste geval hebben de andere schuldeisers nog een aanvullend belang, namelijk de aanstelling van een faillissementscurator die de nog aanwezige vermogensbestanddelen te gelde maakt, de opbrengst daarvan verdeelt conform ieders rang, de boedel zoveel mogelijk reconstrueert en onderzoek doet naar de oorzaken en achtergronden van het faillissement met behulp van informatiemiddelen en bevoegdheden die de individuele schuldeisers ontberen. Vanwege deze belangen geloof ik dat het niet onredelijk zou zijn dat in verzetprocedures, waarbij de schuldenaar een betalingsregeling treft die moet worden uitgevoerd na vernietiging van het faillissement, maar waarbij het duidelijk is dat hij in de toestand verkeert dat hij is opgehouden te betalen en ook de curator in die zin verklaart, de rechtbank de schuldenaar bij de behandeling van het verzet zal aanhoren (zodat sprake is van *fair hearing*), maar het eerder uitgesproken faillissement zal bekrachtigen.

7. Ook in algemene zin wordt kritiek geuit op de wenselijkheid van de herkansingsfunctie van het rechtsmiddel van verzet. Zie bijv. *Asser Procesrecht/Van Schaick 2* 2016/84, die daarover kritisch is en pleit voor afschaffing of beperking daarvan. Zijn gedachte is dat het te billijken is dat het niet-verschijnen van de verweerder die behoorlijk is opgeroepen, in zoverre voor diens eigen rekening en risico blijft. Van Schaicks pleidooi gaat wat mij betreft ook op voor beperking van de verzetregeling bij verstekfaillissementen, zoals die regeling zich thans met de regel van HSK/Bosma uit, ondanks dat een faillissement in het algemeen ingrijpender gevolgen heeft dan een verstekuitspraak in een gewone civiele procedure.

mr. G.G. Boeve, Recoup advocaten