

**JOR 2016/343 Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 31-05-2016, C/02/315764 FT RK 16/685, ECLI:NL:RBZWB:2016:3724 Verzet tegen faillietverklaring, Vermelding van naam verzoekster in petitum faillissementsverzoek is kennelijke vergissing, Na faillietverklaring, maar vóór behandeling verzet wordt vordering verzoekster voldaan, 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:RBZWB:2016:3724, INS-Updates.nl 2016-0277

## **JOR 2016/343, Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 31-05-2016, C/02/315764 FT RK 16/685, (annotatie)**

### Inhoudsindicatie

---

Verzet tegen faillietverklaring, Vermelding van naam verzoekster in petitum faillissementsverzoek is kennelijke vergissing, Na faillietverklaring, maar vóór behandeling verzet wordt vordering verzoekster voldaan, 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

---

|                            |   |
|----------------------------|---|
| <b>Instantie</b>           | Rechtbank Zeeland-West-Brabant zp Breda   |
| <b>Datum uitspraak</b>     | 31-05-2016  |
| <b>Publicatie</b>          | JOR 2016/343 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 12, 2016  |
| <b>Annotator</b>           | • mr. G.G. Boeve  |
| <b>ECLI</b>                | ECLI:NL:RBZWB:2016:3724   |
| <b>Zaaknummer</b>          | C/02/315764 FT RK 16/685  |
| <b>Overige publicaties</b> | • ECLI:NL:RBZWB:2016:3724<br>• INS-Updates.nl 2016-0277<br>• prof. mr. A.W. Jongbloed annotatie in UDH:TvCu/13365 |
| <b>Rechtsgebied</b>        | Insolventierecht  |
| <b>Rubriek</b>             | Financiering, zekerheden en insolventie   |

|                    |   |
|--------------------|---|
| <b>Rechters</b>    | • mr. Hopmans   |
| <b>Partijen</b>    | Ad Rutters Autobedrijf BV te Oosterhout,<br>opposante,<br>advocaten: mr. F.F.J. Froger en mr. M.J. Schouw,<br>tegen<br>Uitgeversmaatschappij Em. De Jong BV de Baarle-Nassau,<br>geopposeerde,<br>advocaten: mr. E.G.M. van den Heuvel en mr. I.C.M. de Boer. |
| <b>Regelgeving</b> | • Fw - 1<br>• Fw - 6<br>• Fw - 8  |

---

### Samenvatting

---

Weliswaar kan aan opposante worden toegegeven dat in het petitum van het faillissementsverzoek wordt gevraagd Uitgeversmaatschappij Em. De Jong BV – de aanvraagster van het faillissement – in staat van faillissement te verklaren en niet opposante, maar uit het faillissementsverzoek blijkt dat de vermelding van Uitgeversmaatschappij Em. De Jong BV in het petitum op een kennelijke vergissing berust. Zo wordt in het petitum verzocht “gerequesteerde” in staat van faillissement te verklaren, terwijl in het lichaam van het verzoek opposante uitdrukkelijk als gerequesteerde wordt aangemerkt, namelijk: “Gerequesteerde is: De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid AD Rutters Autobedrijf BV”. Voorts volgt uit de uitvoerig omschreven en met facturen en vonnissen onderbouwde stelling van geopposeerde dat gerequesteerde zowel haar vordering als meerdere schulden onbetaald laat, genoegzaam dat het faillissementsverzoek zich richt tegen opposante en dat het geenszins de bedoeling was dat geopposeerde met een dergelijke onderbouwing haar eigen faillissement wilde aanvragen. De conclusie kan dan ook geen andere zijn dan dat opposante wist dan wel behoorde te begrijpen dat met meerbedoeld verzoekschrift werd beoogd haar faillissement aan te vragen en niet het eigen faillissement van geopposeerde.

De rechtbank dient ingevolge HR 5 juni 2015, «JOR» 2015/311, m.nt. Bijloo (HSK/Bosma) te onderzoeken of op dit moment summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van geopposeerde. Dienaangaande is niet in geschil dat de vordering van geopposeerde door opposante inmiddels is voldaan. Waar derhalve geopposeerde geen vordering op opposante (meer) heeft en dus niet bevoegd is het faillissement aan te vragen, dient het faillissement reeds op deze grond te worden vernietigd. Aan de vraag of opposante verkeert in de toestand te hebben opgehouden te betalen, komt de rechtbank niet meer toe.

---

### Uitspraak

---

(...; red.)

---

#### 2. Het verzoek

---

2.1. Het verzoek strekt ertoe het vonnis van 10 mei 2016, waarbij opposante in staat van faillissement is verklaard, te vernietigen.

---

#### 3. De beoordeling

---

3.1.1. Namens opposante is verzocht het faillissement te vernietigen. Opposante heeft daartoe aanvankelijk de volgende twee gronden aangevoerd:

1. In het faillissementsrekest wordt niet verzocht om opposante in staat van faillissement te verklaren. In het petitum van het rekest wordt namelijk gevraagd Uitgeversmaatschappij Em. De Jong B.V. (de aanvrager van het faillissement) in staat van faillissement te verklaren. Opposante is niet bekend met juridisch taalgebruik noch met faillissementsprocedures. Op basis van het verzoek heeft opposante niet begrepen dat het de bedoeling was dat zij zelf in staat van faillissement zou worden verklaard. Zij maakte uit de tekst in het verzoek op dat verzoeker haar eigen faillissement had aangevraagd en dat opposante daarvan enkel op de hoogte werd gesteld. Omdat zij daar naar haar mening geen belang bij had, is zij niet op de zitting van 10 mei 2016 verschenen.

2. Opposante erkent dat zij de gevorderde hoofdsom ad € 2.169,- verschuldigd is/was. Zij heeft echter door een interne communicatiestoornis nagelaten de factuur van EM. De Jong B.V. tijdig te voldoen. Voor de dag van behandeling van het verzet zal een bedrag onder de curator worden gestort, waarmee, als het faillissement wordt vernietigd, alle in het faillissement opgekomen schuldeisers en de kosten van de curator voor de door hem verrichte werkzaamheden in het faillissement voldaan kunnen worden.

3.1.2. Op 25 mei 2016 is door de rechtbank een faxbericht ontvangen van mr. Froger waarbij de gronden van het verzet worden gewijzigd.

Ter zitting heeft mr. Schouw aangegeven, dat de in het faxbericht genoemde grond 2a de in het verzetschrift genoemde en hiervoor onder 2. aangehaalde grond vervangt en dat de oorspronkelijke grond 2 wordt ingetrokken.

3.1.3. Met genoemde grond 2a wordt het volgende aangevoerd:

“2a. Een derde partij heeft inmiddels voor opposante een bedrag van € 4.701,34 voldaan aan geopposeerde middels bijschrijving van dat bedrag op de derdengeldrekening van de advocaat van geopposeerde. Dit bedrag betreft de betaling van de ten tijde van het faillissement bestaande schuld aan geopposeerde ad € 2.643,84, een bedrag ad € 1.000,- ter dekking van de aanvraagkosten van het faillissement, een aanvullende betaling van € 907,50 ter betaling van de door (de advocaat van) geopposeerde gemaakte kosten en een extra betaling van € 150,-. Ten tijde van de behandeling van het verzet is er, aldus opposante, geen vordering meer op opposante zodat het verzet dient te worden toegewezen.”

3.2. Mr. Boer heeft ter zitting meegedeeld, dat het door opposante genoemde bedrag van € 4.701,34 op 25 mei 2016 op de derdengeldrekening van het kantoor is ontvangen. Hierdoor zijn de vordering van geopposeerde en de aanvraagkosten van het faillissement geheel betaald. Zij komt dan ook tot de conclusie dat het verzet van opposante kan worden gehonoreerd en dat het vonnis van 10 mei 2016 kan worden vernietigd.

3.3. Mr. Sintnicolaas heeft aangevoerd dat hij zich in afwachting van de behandeling van het verzet, in samenspraak met opposante, terughoudend heeft opgesteld, waardoor de faillissementskosten zo laag mogelijk zijn gehouden. Hij heeft ter zitting een voorstel tot vaststelling van zijn salaris en verschotten overgelegd waaruit blijkt dat de faillissementskosten € 4.122,39 inclusief btw bedragen. Hij heeft daarnaast betoogd dat voornoemde betaling door opposante van de vordering van geopposeerde op zichzelf niet tot vernietiging van het faillissementsvonnis dient te leiden.

3.4. De rechtbank overweegt als volgt.

3.5. Het verzetschrift is op 20 mei 2016 ontvangen ter griffie van deze rechtbank, zodat het verzet overeenkomstig artikel 8 lid 2 van de Faillissementswet tijdig is ingesteld.

3.6. Wat de door opposante aangevoerde grond 1 betreft, kan weliswaar aan opposante worden toegegeven dat in het petitum van het faillissementsverzoek wordt gevraagd Uitgeversmaatschappij Em. De Jong B.V. – de aanvrager van het faillissement – in staat van faillissement te verklaren en niet opposante, maar naar het oordeel van de rechtbank blijkt uit het faillissementsverzoek dat de vermelding van Uitgeversmaatschappij Em. De Jong B.V. in het petitum op een kennelijke vergissing berust. Zo

wordt in het petitum verzocht “Gerequesteerde” in staat van faillissement te verklaren, terwijl in het lichaam van het verzoek opposante uitdrukkelijk als gerequesteerde wordt aangemerkt, namelijk: “Gerequesteerde is: De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid AD Rutters Autobedrijf B.V.”. Voorts volgt naar het oordeel van de rechtbank uit de uitvoerig omschreven en met facturen en vonnissen onderbouwde stelling van geopposeerde dat gerequesteerde zowel haar vordering als meerdere schulden onbetaald laat, genoegzaam dat het faillissementsverzoek zich richt tegen opposante en dat het geenszins de bedoeling was dat geopposeerde met een dergelijke onderbouwing haar eigen faillissement wilde aanvragen. De conclusie kan dan ook geen andere zijn dat opposante wist dan wel behoorde te begrijpen dat met meerbedoeld verzoekschrift werd beoogd haar faillissement aan te vragen en niet het eigen faillissement van geopposeerde.

3.7. Wat de door opposante aangevoerde grond 2a betreft, dient de rechtbank ingevolge het arrest van de Hoge Raad van 5 juni 2015 (NJ 2015,320 («JOR» 2015/311, m.nt. Bijloo (*HSK/Bosma*); *red.*)) te onderzoeken of op dit moment summierlijk is gebleken van het vorderingsrecht van geopposeerde. Dienaangaande is niet in geschil dat de vordering van geopposeerde door opposante inmiddels is voldaan. Waar derhalve geopposeerde geen vordering op opposante (meer) heeft en dus niet bevoegd is het faillissement aan te vragen, dient het faillissement reeds op deze grond te worden vernietigd. Aan de vraag of opposante verkeert in de toestand te hebben opgehouden te betalen, komt de rechtbank niet meer toe.

3.8. Op grond van artikel 15, derde lid, Faillissementswet dient de rechtbank het bedrag van de faillissementskosten en het salaris van de curator vast te stellen en te bepalen ten laste van welke partij deze bedragen komen. De curator heeft zijn salaris volgens zijn laatste opgave begroot op een bedrag van (...; *red.*). De rechtbank overweegt dat niet in geschil is dat de vordering van geopposeerde eerst na het uitspreken van het faillissement door opposante is voldaan. Bij gebreke van door opposante te stellen feiten en omstandigheden is het faillissement op dat moment dan ook terecht uitgesproken. Dit brengt mee dat deze kosten ten laste van opposante dienen te komen.

---

#### 4. De beslissing.

---

De rechtbank

verklaart, het verzet tegen het vonnis van deze rechtbank van 10 mei 2016 gegrond en vernietigt dat vonnis;

stelt het salaris en de verschotten van de curator vast op (...; *red.*) en brengt dit bedrag ten laste van opposante.

---

#### Noot

---

1. *Casus*. In deze zaak werd de schuldenaar bij verstek failliet verklaard. De schuldenaar gaat in verzet (op de voet van art. 8 lid 2 Fw) en vóór de mondelinge behandeling betaalt de schuldenaar de vordering van de aanvrager van het faillissement door bijschrijving op de kwaliteitsrekening van de advocaat van de aanvrager. Uit HR 5 juni 2015, «JOR» 2015/311, m.nt. Bijloo, NJ 2015/320, m.nt. Verstijlen (*HSK/Bosma*), is af te leiden dat een dergelijke betaling leidt tot vernietiging van het faillissement. De rechtbank erkent dat en vernietigt het faillissement. In deze annotatie ga ik in op enkele alternatieven die al dan niet ook kunnen leiden tot vernietiging van een bij verstek gewezen faillietverklaring. Eerst besteed ik aandacht aan de uitspraak van de Hoge Raad en de daaropvolgende uitspraak van het verwijzingshof.

2. *Hoge Raad; vordering aanvrager bestaat niet of niet meer*. Bij genoemd arrest van 5 juni 2015 besliste de Hoge Raad 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 juist, dan ontnemt dat de aanvrager de bevoegdheid het faillissement uit te lokken en leidt dat tot vernietiging van het bij verstek uitgesproken faillissement. Uit het arrest is evenwel niet af te leiden welke wijzen van tenietgaan van de vordering van de aanvrager tot het beoogde rechtsgevolg van vernietiging van het faillissement leiden. Ook blijkt uit de rechtsoverwegingen van de Hoge Raad niet of relevant is wie de vordering voldoet, terwijl dat wel van belang is, zoals blijkt uit het volgende.

3. *Verwijzingshof; betaling door derde.* Uit de uitspraak van het verwijzingshof volgend op HR 5 juni 2015, blijkt hoe en door wie de vordering van de aanvrager voor de verzetzitting was voldaan (Hof 's-Hertogenbosch, 17 september 2015, *NJF* 2015/512). Deze was “onder protest” betaald door een derde, te weten een aandeelhouder, op de kwaliteitsrekening van de advocaat van de aanvrager. Volgens het hof leidt dit tot vernietiging van het faillissement, niettegenstaande het aangetekende protest (zie uitgebreid r.o. 3.7 en 3.9 van het arrest van het verwijzingshof). In mijn ogen is dit juist en is de schuldenaar *safe* als een derde de vordering van de aanvrager voldoet vóór de verzetzitting.

4. *Alternatief 1; voorwaardelijke betaling op kwaliteitsrekening advocaat van schuldenaar.* Het komt voor dat een derde de vordering van de aanvrager wil betalen, maar wel op de voor de hand liggende voorwaarde dat het faillissement daadwerkelijk wordt vernietigd. Bij voorkeur betaalt hij dan ook nog op de kwaliteitsrekening van zijn eigen advocaat. Het ligt in de lijn van HSK/Bosma dat ook deze betaling kan leiden tot vernietiging van het faillissement, mits het bedrag onvoorwaardelijk of onder de ontbindende voorwaarde dat het faillissement niet wordt vernietigd voor de aanvrager wordt gehouden. De vordering op de kwaliteitsrekening valt dan immers in het vermogen van de aanvrager (vgl. HR 12 januari 2001, «JOR» 2001/50, m.nt. SCJJK en Steneker (*Koren q.q./Tekstra q.q.*) en HR 13 juni 2003, «JOR» 2003/209, m.nt. SCJJK en Steneker (*ProCall*), met als gevolg dat de vordering van de aanvrager niet langer bestaat.

5. *Alternatief 2; betalingsregeling met aanvrager.* Kan een voor de verzetzitting getroffen betalingsregeling met de aanvrager en intrekking van het faillissementsverzoek ook leiden tot vernietiging? Naar mijn mening zou dat het geval moeten zijn, ondanks dat de vordering van de aanvrager dan nog bestaat ten tijde van de verzetuitspraak. De overweging van de Hoge Raad inzake HSK/Bosma laat voldoende ruimte voor andere verweren tegen de faillietverklaring (zie punt 2 hiervoor), waaronder in mijn ogen dus ook de stelling dat een betalingsregeling is getroffen met de aanvrager onder intrekking van het faillissementsverzoek. Als deze stelling juist is en het faillissementsverzoek wordt ingetrokken voor de verzetuitspraak, dan dient dat te leiden tot vernietiging van het faillissement als gevolg van het ontbreken van een verzoek tot faillietverklaring.

6. *Alternatief 3; betaling uit het vermogen van de failliet, bijvoorbeeld na omleiden van debiteuren.* Zoals hiervoor onder punt 2 aangegeven is de Hoge Raad in het arrest HSK/Bosma niet nader ingegaan op de vraag of het relevant is dat de aanvrager voor de verzetuitspraak door een derde wordt voldaan dan wel uit het vermogen van de failliet. In de casus die aan dat arrest ten grondslag lag, had een derde de vordering voldaan. Maar wat als de derde intussen uit het vermogen van de schuldenaar/failliet wordt voldaan? Zo komt het voor dat de failliet zonder instemming van de curator zijn debiteuren verzoekt om te betalen op een bankrekening die niet staat geregistreerd op naam van de failliet. Met de aldus omgeleide betalingen zou de vordering van de aanvrager kunnen worden voldaan. Deze handelwijze is (tenminste) strijdig met art. 23 Fw. Reeds daarom zou dit alternatief niet tot vernietiging moeten kunnen leiden. Past hier terughoudend handelen van de curator, zoals dat van hem wordt verwacht gedurende een door de failliet ingesteld verzet, zodat een niet al te rigide opstelling van de betrokken partijen (curator en rechtbank) op dit punt mag worden verwacht? Vgl. en zie in dit verband art. 13 lid 2 Fw, *Van Der Feltz I* (1896), p. 322 en Rb. Zutphen 30 oktober 2007, ECLI:NL:RBZUT:2007:BC0974. In mijn ogen niet. Een geslaagd verzet rechtvaardigt niet dat inbreuk wordt gemaakt op regels en voorschriften die gelden bij een faillissement. Ook zou het toestaan van deze handelwijze tot allerlei praktische bezwaren leiden. Wat immers als het faillissement niet wordt vernietigd? De curator zou dan de omgeleide debiteuren in kaart moeten brengen en, aannemende dat dit lukt, de betreffende debiteuren nogmaals tot betaling kunnen aanspreken, tenzij het omgeleide actief al ten goede is gekomen van de boedel. Bovendien wringt het dat slechts de aanvrager wordt betaald, die wellicht geen separatist is en ook niet de hoogst gerangschikte schuldeiser. Met name als op korte termijn een nieuw faillissement volgt op het eerdere vernietigde faillissement, is de kans groot dat de overige schuldeisers door dit handelen zijn benadeeld. Voorts zijn strafrechtelijke verwijten denkbaar, zoals het onttrekken van

vorderingen aan een eventueel gevestigd pandrecht. Toegegeven, strikte toepassing van de regelgeving kan wrang uitpakken als de gefailleerde materieel wel degelijk solvabel is. Echter, voor zover al relevant laat zich dat voor een curator en de rechtbank veelal lastig beoordelen in een zo korte termijn waarbinnen het verzet wordt behandeld.

7. *Voor wie zijn de kosten?* Tot slot nog een enkel woord over de faillissementskosten en het salaris van de curator. Uit art. 15 lid 3 Fw volgt dat de rechter, die de vernietiging uitspreekt, dit bedrag ten laste brengt van de schuldeiser, de schuldenaar, of van beiden. Uit een inventarisatie van na het arrest HSK/Bosma gewezen verzetuitspraken, blijkt dat dit bedrag steevast voor rekening komt van de schuldenaar als het faillissement wordt vernietigd vanwege het niet summierlijk blijken van de vordering van de aanvrager als gevolg van de betaling van de vordering van de schuldeiser eerst na uitspreken van het faillissement (zie onder meer Rb. Overijssel 10 juli 2015, «JOR» 2016/76). Ook in de voorliggende uitspraak was dat het geval. Denkbaar is dat indien een ander verweer van de schuldenaar leidt tot vernietiging, de kosten ten laste worden gebracht van de schuldeiser. Bijvoorbeeld bij een succesvol verweer van de schuldenaar dat de aanvrager ten onrechte stelt een vordering te hebben. De uitspraak van de Hoge Raad inzake HSK/Bosma laat zoals opgemerkt de ruimte om ook andere verweren van belang te laten zijn bij de beoordeling van het faillissementsverzoek in een verzetprocedure.

mr. G.G. Boeve, FALCQ Advocaten LLP