

Kroniek Insolventierecht 2004 (II)

Menno van Oostveen, Jeroen Rommes en Ilan Spinath*

In dit nummer deel II van de Kroniek Insolventierecht 2004.¹ In deze kroniek wordt de schuldsanering van natuurlijke personen buiten beschouwing gelaten,² evenals het invorderingsrecht van de Ontvanger der Rijksbelastingen.

DEEL I

- Actio Pauliana
- Beroep op en van R-C (zie ook Curator)
- Bestuurdersaansprakelijkheid (Boek 2 BW)
- Bestuurdersaansprakelijkheid (Onrechtmatige daad)
- Bodemvoorrecht
- Boedelomvang
- Curator
- Enquêteprocedure
- Faillietverklaring
- Gefailleerde
- Huur
- Internationale aspecten
- Misbruik faillissement

DEEL II

- Onverschuldigde betaling
- Processuele aspecten
- Renvoiprocedure
- Separatisten (hypotheek en – stil – pandrecht)
- Surseance van betaling
- Vennootschapsrechtelijke aspecten
- Verificatie van vorderingen
- Verrekening
- Wederkerige overeenkomsten
- Wederzijdse zekerhedenregeling
- Werknemers (zie ook Misbruik faillissement)

Bij de publicatie van deel I ging er op p. 64, bij de tekening, iets mis, waardoor niet meer de gehele tekst te lezen was. Daarom herhalen we de desbetreffende paragraaf (*red.*).

BOEDELOMVANG

Een natuurlijk persoon heeft vóór zijn persoonlijke faillissement een stichting opgericht en zijn huis aan die stichting laten leveren. De conclusie lijkt gerechtvaardigd dat deze transactie was aangegaan om verhaal door zijn (privé-)schuldeisers op dit vermogensbestanddeel te verijdelen. Ondanks dat de feiten en omstandigheden van het geval met zich meebrachten dat er misbruik werd gemaakt van rechtspersoonlijkheid besloot de rechtbank op grond van de aangelegde criteria in het arrest-Krijger/Citco³ dat in casu geen sprake was van dusdanig uitzonderlijke omstandigheden dat tot vereenzelving van de failliet en de stichting kan worden geconcludeerd.⁴ Wel werd vastgesteld dat zowel de stichting als haar bestuur onrechtmatig heeft gehandeld door het meewerken aan en instandhouden van de constructie.

Ook een andere curator heeft in de in

2004 gepubliceerde rechtspraak een beroep op vereenzelving gedaan tussen een natuurlijk persoon en een rechtspersoon. Rechtbank Arnhem heeft ook onder de in deze casus aanwezige omstandigheden geoordeeld dat er geen sprake was van dusdanig bijzondere omstandigheden dat vereenzelving kon worden geconcludeerd.⁵ De verregaande terughoudendheid door de Hoge Raad bij de toepassing van vereenzelving wordt door bovenstaande uitspraken instandgehouden.

Geruime tijd voor zijn faillissement heeft de heer Mos een aantal vergunningen verkocht en overgedragen aan een andere partij. De heer Mos heeft verklaard alle medewerking te zullen verlenen om de tenaamstelling van de vergunningen te wijzigen bij het desbetreffende ministerie. Verzoeken tot overdracht zijn naar het ministerie verzonden. Geruime tijd later wordt de heer Mos failliet verklaard, terwijl de tenaamstelling

nog niet was veranderd. De curator verkoopt de vergunningen aan een ander. Vervolgens is de vraag of de aan de vergunning verbonden rechten in de faillissementsboedel vielen en dus of de curator wel kon verkopen. De Hoge Raad oordeelde dat mede gelet op de strekking van artikel 35 lid 1 Fw moet worden afgeleid dat voor de beantwoording van deze vraag niet beslissend is of zich vóór het faillissement een wijziging in de privaatrechtelijke verhoudingen heeft voorgedaan, maar of op de faillissementsdatum die wijziging door aanpassing van de tenaamstelling van de vergunning langs publiekrechtelijke weg is geëffectueerd.⁶ Nu de verkoop niet was gevolgd door wijziging van de tenaamstelling heeft het hof terecht geoordeeld dat de aan de vergunningen verbonden rechten in de faillissementsboedel vielen.

* De eerste twee auteurs zijn als advocaat werkzaam bij AKD Prinsen Van Wijmen N.V. te Utrecht, de derde auteur is advocaat bij Loyens & Loeff N.V. te Amsterdam.



komen koopsom aan de curator betaalt, met de tweede betaling slechts een concurrente boedelvordering heeft verkregen.⁷ De rechtbank gaat er daarbij vanuit dat alleen in het geval waarin tussen de gefailleerde en degene die aan hem betaalde geen rechtsverhouding bestaat of heeft bestaan die aanleiding tot betaling gaf, en waarin de betaling slechts het gevolg is van onmiskenbare vergissing geldt dat de curator ingevolge art. 6:212 BW verplicht is om het onverschuldigd betaalde terstond en zonder omslag van kosten terug te betalen. Iets meer dan een maand later oordeelt de Rechtbank Zutphen dat de uitzondering op de regel, dat een onverschuldigde betaling slechts kan leiden tot een concurrente boedelvordering, geldt in de gevallen waarin tussen de gefailleerde en degene die aan hem betaalde geen rechtsgrond bestaat of heeft bestaan die aanleiding tot betaling gaf, en waarin de betaling slechts het gevolg is van een onmiskenbare vergissing of een daarmee voor de toepassing van de Faillissementswet in dit verband op een lijn te stellen oorzaak.⁸

Het verschil tussen rechtsverhouding en rechtsgrond leidt ertoe dat Rechtbank Utrecht oordeelt dat de betaling in casu een concurrente boedelvordering oplevert, terwijl de Rechtbank Zutphen op basis van het rechtsgrondcriterium tot de conclusie komt dat sprake is van een verplichting tot onmiddellijke terugbetaling. In zijn noot bij de uitspraken concludeert Faber dat het er op lijkt dat de Hoge Raad zich andermaal over de kwestie van de onverschuldigde betaling zou moeten uitlaten teneinde de duidelijkheid en daarmee gepaard gaande rechtszekerheid te verkrijgen die op dit moment klaarblijkelijk nog ontbreekt.⁹

ONVERSCHULDIGDE BETALING

In het faillissementsrecht bestaan, anders dan in het 'normale civiele recht', verschillende vormen van onverschuldigde betaling, te weten de betalingen die leiden tot slechts een concurrente boedelvordering en de betalingen die leiden tot de verplichting van de boedel om terstond en zonder enige verrekening het ten onrechte ontvangen bedrag terug te betalen. Over de vraag of een onverschuldigde betaling onder de eerste dan wel

de tweede genoemde categorie valt, bestaat veelal onduidelijkheid, waarbij natuurlijk elke partij genegen is om de betaling in zijn of haar voordeel uit te leggen. Dit leidt onder meer tot de uitspraken van twee rechtbanken in het eerste kwartaal van 2004 met een vergelijkbare casus en een tegengesteld eindoordeel.

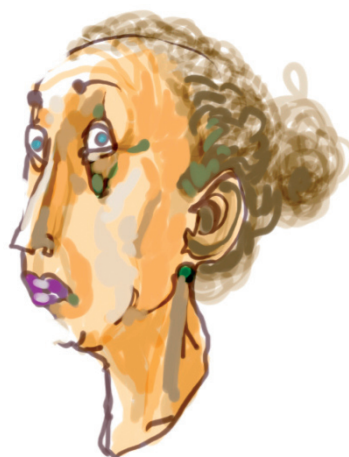
Rechtbank Utrecht oordeelde dat de koper van activa uit een faillissement die in plaats van één keer, twee keer de overeenge-

1 Zoals gepubliceerd in Rechtspraak van de Week (RvdW), Nederlandse Jurisprudentie (NJ), Nederlandse Jurisprudentie, feitenrechtspraak civiele zaken (NJF) en Jurisprudentie Ondernemingsrecht (JOR), alsmede in de rubriek Ongepubliceerde Jurisprudentie in de in het Tijdschrift voor Insolventierecht (Tvl) opgenomen Insolad Nieuwsbrief (Nieuwsbrief Tvl). Voorzover uitspraken in 2004 zowel in RvdW als in NJ zijn verschenen, is er naar gestreefd alleen de NJ-vindplaats te vermelden. Voorzover uitspraken in 2004 zowel in JOR als enig ander tijdschrift zijn opgenomen, is er naar gestreefd steeds beide vindplaatsen te vermelden. Uitspraken die in 2003 in één van de bovenge-

noemde tijdschriften zijn gepubliceerd, en in 2004 in enig ander tijdschrift, worden hier niet meer besproken als ze al zijn besproken in de Kroniek Insolventierecht 2003, *Advocatenblad* 2004-7, p. 342 e.v., en *Advocatenblad* 2004/8, p. 394 e.v. Deze Kroniek is samengesteld op basis van eigen selectie door de auteurs uit de jurisprudentie, zonder de pretentie van volledigheid. Voor de gepubliceerde rechtsgeleerde literatuur op het gebied van insolventie verwijzen wij naar de overzichten die F.P. van Koppen regelmatig in Tvl publiceert, laatstelijk over januari-juni 2005, Tvl 2005/5, p. 163 e.v.

2 Zie hiervoor de jurisprudentieoverzichten die tweemaandelijks verschijnen in het tijdschrift *SchuldSanering*. Zie hiervoor verder ook de website www.rvr.org.
3 HR 9 juni 1995, NJ 1996, 213.
4 Rechtbank Arnhem 18 februari 2004, JOR 2004/120.
5 Rechtbank Arnhem 21 januari 2004, JOR 2004/250.
6 HR 9 april 2004, JOR 2004/181.
7 Rechtbank Utrecht 25 februari 2004, JOR 2004/147.
8 Rechtbank Zutphen 31 maart 2004, JOR 2004/148.

maar ik kon geen
treinkaartje betalen!



PROCESSUELE ASPECTEN

Art. 27 Fw biedt een gedaagde partij de mogelijkheid ontslag van instantie te vragen indien de curator of bewindvoerder geen gehoor geeft aan een oproep van de gedaagde tot overname van het geding. Het toepassingsgebied van art. 27 Fw is beperkt tot gevallen waarin de rechtsvordering reeds tijdens de faillietverklaring aanhangig is. In de periode tussen het eindvonnis en het moment van instellen van hoger beroep is de rechtsvordering echter niet aanhangig. Gaat eiser nadat hij failliet is verklaard in hoger beroep, dan is de rechtsvordering pas op dat moment weer aanhangig. Art. 27 Fw is in dat geval volgens de tekst van de wet niet van toepassing. De strekking van de artt. 25 e.v. Fw brengt volgens Hof 's-Hertogenbosch echter mee dat indien de failliet zelf in hoger beroep gaat van een uitspraak die betrekking heeft op een door haar ingestelde rechtsvordering, haar wederpartij dezelfde bevoegdheid toekomt als hem in art. 27 Fw wordt toegekend.¹⁰

Het rechtsmiddel van herroeping staat niet open tegen de beslissing op het verzoek tot faillietverklaring, aldus de Hoge Raad.¹¹

RENVOOIPROCEDURE

Volgens het Hof 's-Hertogenbosch brengen de eisen van een behoorlijke rechtspleging met zich dat de schuldeiser de gelegenheid moet krijgen haar verzuim om op de zitting te verschijnen, te herstellen op een wijze die de curator niet op onredelijke wijze benadeelt, ondanks art. 122 lid 3 Fw, waarin is bepaald dat als de schuldeiser niet verschijnt hij wordt geacht zijn aanvraag te hebben ingetrokken.¹²

SEPARATISTEN

(HYPOTHEEK EN – STIL – PANDRECHT)

De bestuurder van een besloten vennootschap, die aan een derde verpande zaken van de vennootschap verkoopt en levert aan zijn echtgenote zonder toestemming van de pandhouder, valt een persoonlijk verwijt te maken voor de wanprestatie die de besloten vennootschap daardoor pleegt jegens de pandhouder. De bestuurder is dan ook per-

soonlijk aansprakelijk voor de schade die de pandhouder lijdt uit onrechtmatige daad. Dat de bestuurder uiteindelijk geen profijt heeft gehad van zijn onrechtmatig handelen, omdat de curator van de vennootschap nadien de zaak heeft verkocht, doet daaraan niet af.¹³

Wanneer de bestuurder van een vennootschap een zaak, die verpand is aan de bank, overdraagt aan een derde (zijn zoon) volgt dat pandrecht de zaak (*droit de suite*). De pandhouder vraagt daarna toestemming aan de voorzieningenrechter om pandbeslag te mogen leggen; de schuldenares kan haar verplichtingen niet meer nakomen omdat zij inmiddels in staat van faillissement verkeert. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Breda weigert in eerste instantie die toestemming.¹⁴ In het hoger beroep wijst het hof het verzoek toe en geeft het gevraagde verlot tot het leggen van pandbeslag.¹⁵

In Leeuwarden werd vonnis gewezen in de zaak tussen mr. Van der Spek q.q. tegen Graphic Lease B.V.¹⁶ Van der Spek was curator in het faillissement van B.V. De Handelsdrukkerij van 1874 (verder: de 'Handelsdrukkerij'). De Handelsdrukkerij heeft in 1999 een overeenkomst gesloten met een Duitse vennootschap, KBA, met betrekking tot de bouw, levering en installatie van een achtkleurenpers. Betaling van die pers zou plaatsvinden in vier termijnen, waarbij KBA zich de eigendom van de drukpers heeft voorbehouden tot de laatste termijn is volstaan. In verband met de aanschaf van deze achtkleurenpers had de Handelsdrukkerij een financieringsovereenkomst gesloten

met Graphic Lease. Daarbij was onder andere een sale-en-operational-lease-back-constructie overeengekomen, waarbij de Handelsdrukkerij zich heeft verbonden om de drukpers na aflevering in eigendom over te dragen aan Graphic Lease, waarna zij die drukpers in lease zou krijgen van Graphic Lease. Vooruitlopend op de verkrijging van de eigendom door de Handelsdrukkerij werd tussen partijen een overeenkomst van voorfinanciering met verpanding gesloten. Daarbij gaf de Handelsdrukkerij aan Graphic Lease een pandrecht op alle rechten die de Handelsdrukkerij zou krijgen

op de pers, daaronder begrepen het recht van de handelsdrukkerij tot oplevering en eigendomsverrijking van de achtkleurenpers. Graphic Lease betaalt daarop het grootste deel van de koopsom voor de achtkleurenpers en registreert de overeenkomst van voorfinanciering met verpanding. Omdat nadien blijkt dat de Handelsdrukkerij niet aan haar verplichtingen kan voldoen, verkoopt Graphic Lease de pers terug aan KBA. De curator vordert dat de sale-en-lease-back-overeenkomst en de verkoop door Graphic Lease aan KBA wordt vernietigd. Hij stelt daarbij dat de crediteuren zijn benadeeld, omdat tegen betaling van een restanttermijn aan KBA de drukpers eigendom zou zijn geworden van de Handelsdrukkerij, zodat deze vrij en onbezwaard in de boedel zou zijn gevallen. De rechtbank stelt echter vast dat wanneer de Handelsdrukkerij dan wel de curator voor deze de eigendom van de drukpers zou hebben verkregen door betaling van de laatste termijn aan KBA, die eigendom tegelijkertijd en van rechtswege zou zijn belast met een pandrecht van Graphic Lease. Graphic Lease zou alsdan als pandhouder haar rechten tegenover de boedel hebben kunnen uitoefenen. Er kan, aldus de rechtbank, dan ook geen sprake zijn van benadeling zodat de overeenkomsten niet vernietigbaar zijn op grond van 42 e.v. Fw.¹⁷

Wanneer de curator aan de pandhouder van onder andere voorraden een termijn van zeven dagen ex art. 58 lid 1 Fw stelt, is die termijn in zijn algemeenheid – los van de omstandigheden – niet evident kort. De



pandhouder dient deze termijn te respecteren dan wel tijdig verlenging van de termijn aan de rechter-commissaris te verzoeken, teneinde te voorkomen dat de curator de verpande zaken zal verkopen. De bank kan zich er niet op beroepen dat de curator naast het stellen van een redelijke termijn tevens heeft gesteld dat het pandrecht nietig is dan wel rechtsgeldig is vernietigd. De curator hoeft geen keuze te maken in de uitoefening van zijn taak. Indien de pandhouder niet binnen de gestelde termijn verkoopt dan wel verlenging vraagt van die termijn aan de rechter-commissaris, zal de curator de executie van de pandhouder kunnen overnemen. De pandhouder moet in dat geval bijdragen in de algemene faillissementskosten.¹⁸

De redelijke termijn van art. 58 lid 1 Fw is niet van toepassing op de pandhouder van stil verpande vorderingen indien de pandgever failliet is verklaard. De ING Bank probeerde met onder andere een beroep op deze redelijke termijn te voorkomen dat mr. Verdonk als curator zich kon verhalen op de opbrengsten van de door hem geïnde stil verpande vorderingen. Verdonk was, waarschijnlijk met het arrest in de zaak Mulder q.q./CLBN in het achterhoofd,¹⁹ overgegaan tot incasso van de stil verpande vorderingen. De ING Bank diende deze incasso tegen zich te laten gelden, aldus de Rechtbank Leeuwarden.²⁰ Dat zou slechts anders zijn

geweest, aldus de rechtbank, indien de bank tijdig van haar bevoegdheid had gebruikgemaakt om haar pandrecht aan de debiteuren openbaar te maken en dit voornemen tot openbaarmaking had medegedeeld aan de curator. Slechts in dat geval had de curator in redelijkheid niet actief de incasso van debiteuren ter hand kunnen nemen (behoudens voor de bank) en als zij dat wel zou hebben gedaan, zou het aannemelijk zijn geweest dat de curator onrechtmatig heeft gehandeld. Daarvan was echter geen sprake. ING Bank heeft inmiddels hoger beroep ingesteld.

SURSEANCE VAN BETALING

In het kader van een factoring-overeenkomst heeft de vennootschap naar Belgisch recht Antilope N.V. (hierna: Antilope) haar vorderingen op Stoop Partners Printing Consultants B.V. (hierna: Stoop) overgedragen aan International Factors S.A. te Brussel (hierna: IF). Daarbij is onder meer overeengekomen dat de vorderingen van Stoop op haar opdrachtgevers rechtstreeks aan Stoop zullen worden betaald, waarbij evenwel die betalingen slechts door tussenkomst van een derde, Gruben, daadwerkelijk aan Stoop zullen worden doorbetaald en dan niet nadat telkens gedeelten van die betalingen aan Antilope/IF zullen worden afgedragen. Daartoe heeft Stoop een bankrekening geopend op haar naam waarop uitsluitend Gruben gemachtigd was. Zodra alle vorderingen van Antilope op Stoop zouden zijn vergoed, zou de beschikkingsbevoegdheid van Gruben op de bedoelde rekening vervallen en alleen toekomen aan Stoop. Op 8 augustus 2003 wordt aan Stoop voorlopige surseance van betaling verleend. Op diezelfde dag wordt een bedrag van € 30.000 gedebiteerd van de rekening Stoop ten gunste van Antilope. De surseance van betaling wordt enkele weken daarna ingetrokken onder gelijktijdige uitspraak van het faillissement

van Stoop. De curator vordert daarna betaling van Antilope en IF hoofdelijk voor dat bedrag. Hij stelt daarbij dat het bedrag van € 30.000 aan de boedel toebehoort en dat ingevolge art. 228 juncto 233 Fw Stoop over dat bedrag niet meer mocht beschikken zonder de medewerking van de bewindvoerder. De rechtbank stelt vast dat de overeenkomst tussen Stoop en Gruben kan worden beschouwd als een overeenkomst van lastgeving tussen Stoop als lastgever en Gruben als lasthebber. Gruben was immers niet alleen bevoegd, maar ook gehouden om rechtshandelingen te verrichten, namelijk het overmaken van geldbedragen van de bankrekening van Stoop naar andere bankrekeningen. Omdat daarbij niet, zoals Antilope c.s. wel stelden, sprake was van private lastgeving, zodat de handelingen van Gruben Stoop bonden, oordeelt de rechtbank dat de vordering tegen Antilope, die de betaling van € 30.000 had ontvangen, kan worden toegewezen, nu niet was voldaan aan het vereiste dat de bewindvoerder mede toestemming had moeten geven voor de betaling.²¹

Bij de beoordeling van de vraag, of een surseanceakkoord kan worden gehomologeerd, moet rekening worden gehouden met de redelijke belangen van de crediteuren, die tevens een globaal inzicht dienen te hebben in de financiële positie van de sursiet en van de mogelijkheden om het akkoord na te komen. Dat geldt temeer wanneer het akkoord ertoe strekt dat de vorderingen van de concurrente crediteuren zullen worden omgezet in een converteerbare geldlening voor een bedrag van hun vordering, welke geldlening pas over ruim vijf jaar zal behoeven te worden afgelost. Omdat er ter verzekeringen van nakoming van de te sluiten overeenkomsten geen genoegzame zekerheden zijn gesteld of aangeboden, kan de nakoming van het akkoord niet voldoende worden gewaarborgd.²²

9 Zie noot onder Rechtbank Zutphen 31 maart 2004, JOR 2004/148.

10 Hof's-Hertogenbosch 6 april 2004, JBPR 2004, 61.

11 HR 1 oktober 2004, JOR 2004/336.

12 Hof's-Hertogenbosch 13 juli 2004, JOR 2005/14.

13 Hof's-Hertogenbosch 23 september 2003, JOR 2004/22.

14 Voorzieningenrechter Rechtbank Breda 2 juli 2003, JOR 2003/271.

15 Hof's-Hertogenbosch 11 november 2003, JOR 2004/27.

16 Rechtbank Leeuwarden 12 mei 2004, JOR 2004/183.

17 Klaarblijkelijk stelt de rechtbank zich hierbij op het standpunt dat het fixatiebeginsel niet aan vestiging van het pandrecht in de weg staat.

18 Rechtbank's-Gravenhage 10 december 2003, JOR 2004/60.

19 HR 17 februari 1995, NJ 1996, 71 m.nt. WMK.

20 Rechtbank Leeuwarden 18 augustus 2004, JOR 2004/313 m.nt. mr. ing. A.J. Verdaas.

21 Rechtbank Amsterdam 19 mei 2004, JOR 2004/309.



De rechtbank buigt zich daarop over de vraag of het akkoord dient te worden ontbonden. Zij stelt zich daarbij de vraag wat de toestand zou zijn waarin UPC zich zou bevinden bij ontbinding van het surseance-akkoord. Uit art. 280 Fw volgt immers dat ontbinding van het akkoord leidt tot het faillissement van de sursiet. Zij stelt daarbij vast dat uit de parlementaire geschiedenis van de Faillissementswet blijkt dat er geen reden is om na ontbinding van het akkoord de surseance van betaling te doen herleven, omdat in dat geval uitgesloten moet worden geacht dat de schuldeisers nog bevredigd zullen worden. Door de ontbinding van het akkoord herleven de vorderingen van de schuldeisers, voorzover zij niet door de uitvoering van het akkoord reeds zijn bevredigd. Gebruikmaking van het rechtsmiddel van ontbinding van een akkoord is dan ook een ingrijpend middel, zodat het, indien een adequaat minder ingrijpend middel beschikbaar is, ongeoorloofd kan zijn. Movieco heeft echter voldoende aannemelijk gemaakt dat zij het homologatievonnis niet kan executeren, zodat zij geen misbruik maakt.²³ UPC stelt van dit vonnis hoger beroep in bij het Hof Amsterdam. Hangende het ingestelde hoger beroep heeft UPC al voldaan aan haar akkoordverplichting jegens Movieco, doch onder protest en in haar visie onverschuldigd. UPC voert in hoger beroep aan dat Movieco geen schuldeiseres was. Weliswaar is de vordering van Movieco niet betwist op de verificatievergadering, maar wel daarna. Die betwisting, aldus UPC, staat eraan in de weg dat Movieco rechten kan ontfemen aan het gehomologeerde akkoord, dat immers alleen de schuldeisers op wie de surseance van betaling van toepassing is raakt. Daarbij verdient aantekening dat een verificatievergadering in een surseance niet dezelfde werking en rechtsgevolgen heeft als de verificatievergadering in een faillissement. Surseance van betaling kent ook een niet met waarborgen omklede rechtsgang als de renvooi-procedure. Het hof stelt vast dat het wettelijke systeem zoals dat in art. 252 en verder Fw is neergelegd zich er niet mee verdraagt dat een betwisting, die door de schuldenaar wordt gedaan voor of na de verificatievergadering en in afwijking van de niet-betwisting door

de schuldenaar zoals in het proces-verbaal van de vergadering opgenomen, zou kunnen afdoen aan de executorial titel die de desbetreffende schuldeiser in gevolge art. 274 Fw verkrijgt ten behoeve van de door de schuldenaar niet-betwiste vordering. Movieco was derhalve als schuldeiser gerechtigd ontbinding van het akkoord te vorderen. Dat levert geen misbruik van recht op. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.²⁴

VENNOOTSCHAPSRECHTELIJKE ASPECTEN

Art. 2:256 BW, dat ziet op de vertegenwoordiging van de besloten vennootschap bij tegenstrijdig belang, is niet alleen in het belang van de aandeelhouder geschreven maar strekt meer in het algemeen ter bescherming van de belangen van de vennootschap. Dit standpunt brengt volgens de Hoge Raad met zich dat in geval van faillissement van de besloten vennootschap een beroep op het ontbreken van vertegenwoordigingsbevoegdheid toekomt aan de curator.²⁵

Een failliete vennootschap kan bestuurder zijn van een andere vennootschap. Dit betekent niet dat de curator van de failliete vennootschap bevoegd is de andere vennootschap als bestuurder te vertegenwoordigen. Deze bevoegdheid blijft bij het bestuur van de failliete vennootschap.²⁶

VERIFICATIE VAN VORDERINGEN

Rendamax vordert een verklaring voor recht dat de curator van de failliete wederpartij tot nakoming van een overeengekomen garantiebepaling gehouden is. De vordering kan naar het oordeel van Rechtbank Maastricht niet anders worden gekwalificeerd dan als 'rechtvorderingen, die voldoening eener verbintenis uit den boedel ten doel hebben' als bedoeld in art. 26 Fw. Dergelijke vorderingen kunnen op geen andere wijze ingesteld worden dan door aanmelding ter verificatie. Dat de primaire vordering een verklaring voor recht inhoudt, leidt niet tot een ander oordeel. Toewijzing van die vordering kan uiteindelijk alleen maar leiden tot betaling van een geldsom, nu niet valt in te zien dat de curator tot het verrichten van enige andere prestatie uit hoofde van het garantiebepaling in staat zou zijn.²⁷



Europe Movieco Partners Ltd. (hierna: Movieco) is een van de schuldeisers in de surseance van betaling van UPC. Bij de verificatievergadering van UPC wordt de vordering van Movieco niet betwist. Later betwist UPC de vordering van Movieco wél. UPC biedt een akkoord aan, dat wordt gehomologeerd. Omdat zij de vordering van Movieco betwist, weigert ze mee te werken aan de uitvoering van het akkoord ten aanzien van Movieco. Movieco vordert daarop bij de rechtbank ontbinding van het gehomologeerde akkoord. De rechtbank oordeelt dat Movieco bevoegd is om ex art. 280 Fw ontbinding van een gehomologeerd akkoord te vorderen. De latere betwisting van UPC staat er niet aan in de weg dat Movieco als crediteur wordt gezien.

VERREKENING

Nadat NETnet was gefailleerd heeft de ABN Amro Bank van de rekening die NETnet bij haar aanhield bedragen teruggeboekt naar de oorspronkelijke betalers. Het betrof zogenaamde storno's van door middel van automatische incasso bijgeschreven bedragen. Mr. Mendel heeft als curator van NETnet terugbetaling van de desbetreffende bedragen gevorderd van de ABN Amro Bank en, toen de ABN Amro Bank weigerde te betalen, de ABN Amro Bank in rechte betrokken. In de procedure wijst hij onder andere op een uitspraak van de Rechtbank Arnhem waarbij de rechtbank in een vergelijkbare casus had geoordeeld dat de bank in dat geval niet had voldaan aan de vereiste van art. 53 Fw omdat sprake was van een vordering op de gefailleerde die na het faillissement was ontstaan met een schuld aan de gefailleerde die dateerde van vóór de datum van het faillissement.²⁸ De bank stelt daartegenover dat sprake was van een betaling door een debiteur onder de ontbindende voorwaarde van stornering. De desbetreffende betalingen werden gedaan op de bankrekening die de gefailleerde bij de bank aanhield, waardoor de gefailleerde een voorwaardelijke vordering verkreeg op de bank. Doordat de betaler heeft gestorneerd trad de ontbindende voorwaarde in werking. Feitelijk, aldus de bank, betreft het louter comptabele handelingen die strekken tot neutralisering van de oorspronkelijke boekingen. De rechtbank volgt dit verweer, stelt de curator in het ongelijk en wijst de vordering af.²⁹

Banken plegen nogal eens in geval er onder hen conservatoir derdenbeslag wordt gelegd, het positieve saldo dat onder het beslag valt tijdelijk te plaatsen op een zogenaamde parkeerrekening. Het beslagene blijft weliswaar behoren tot het vermogen van de beslagene, maar is door het beslag daarover de beschikkingsbevoegdheid verloren. Indien dat beslag komt te vervallen als gevolg van

een faillissement staat het de bank, aldus Hof 's-Gravenhage vrij om het saldo van die parkeerrekening te verrekenen met de eventueel openstaande vordering op de inmiddels gefailleerde schuldenaar. Let op de kritische noot van mr. Loesberg bij de publicatie.³⁰

De goede trouw speelt een belangrijke rol wanneer de (voormalige) bestuurder van een vennootschap op het moment dat het slecht gaat met de vennootschap, de vordering van zijn persoonlijke holding aan zichzelf cedeert om op die wijze zijn schuld aan de vennootschap te kunnen verrekenen. De rechtbank overweegt dat de onderneming op het moment van cessie en verrekening in financieel zwaar weer verkeerde en dat de bestuurder er niet vanuit mocht gaan dat zij op korte termijn weer financieel gezond zou zijn. Aldus stelt de rechtbank ook vast dat de bestuurder ten tijde van de overneming van de vordering en de verrekening wist, althans behoorde te weten, dat het faillissement van de onderneming te verwachten was, hetgeen ook is gebeurd. Daarom wordt de bestuurder terecht verweten dat hij niet te goeder trouw heeft gehandeld zodat hem een beroep op verrekening niet toekomt op grond van art. 54 Fw.³¹

In de zaak van Juno Properties leidt een redelijk ingewikkelde casus tot een uitspraak over de vraag, of bij subrogatie sprake is van overneming van een vordering als bedoel in art. 54 lid 2 Fw.³² De casus luidt kort gezegd als volgt: Juno Properties V B.V. (hierna Juno) en Van der Heijden Projecten VI B.V. (hierna Van der Heijden) zijn samen een v.o.f. aangegaan teneinde een aantal kantoorpanden te ontwikkelen. Om Juno aan haar inbrengverplichting te laten voldoen verstrekt de moedervennootschap van Van der Heijden een lening aan Juno. De moedervennootschap verkrijgt daarvoor een zogenaamde positieve/negatieve hypotheekverklaring, die nadien is omgezet in een tweede hypotheekrecht op de inmiddels gebouwde kantoorgebouwen.

Enige tijd later faillieert Juno, waardoor de v.o.f. van rechtswege is ontbonden. Op grond van de tussen partijen gesloten samenwerkingsovereenkomst verblijven alle gemeenschappelijke vermogensbestanddelen van de v.o.f. van rechtswege aan de niet-failliete firmant, Van der Heijden, onder gehoudenheid van deze om de schulden en verplichtingen van de v.o.f. voor eigen rekening te nemen en onder gehoudenheid om het aandeel van de failliete partij in het vermogen van de v.o.f. te voldoen. De curatoren van Juno werken daarna mee aan levering van de onroerende zaken aan Van der Heijden. Die voldoet op haar beurt de met een recht van hypotheek gezeekerde vordering van haar moedervennootschap en wordt daardoor gesubrogeerd in haar rechten op grond van art. 6:150 sub b BW. De curatoren van Juno erkennen deze vordering als een concurrente vordering in het faillissement van Juno. Zij vorderen daarnaast van Van der Heijden het door haar verschuldigde op grond van de hiervoor genoemde bepaling uit de samenwerkingsovereenkomst. Van der Heijden beroept zich op onder meer haar recht op verrekening ex art. 53 Fw. De curatoren verweren zich hiertegen, stellende dat de subrogatie moet worden gezien als een overneming van een schuld als bedoel in art. 54 lid 2 Fw zodat aan Van der Heijden geen beroep op verrekening toekomt. Men procedeert uiteindelijk door tot aan de Hoge Raad. A-G Huydecoper oppert in een uitvoerige conclusie dat verkrijging bij wege van subrogatie (na faillissement) op zichzelf niet aan een beroep op art. 53 Fw in de weg staat, alhoewel er omstandigheden denkbaar zijn waar een beroep op art. 54 Fw zou moeten slagen. Daarvan lijkt echter in deze casus geen sprake. De Hoge Raad volgt de A-G in diens conclusie en verwerpt het cassatieberoep.

Art. 6:130 BW leidt nog al eens tot verwarring. Dat blijkt ook uit de navolgende uitspraak van de Hoge Raad, die in zijn arrest

22 Hof Amsterdam 26 maart 2004, JOR 2004/154.

23 Rechtbank Amsterdam 4 december 2003, JOR 2004/31.

24 Hof Amsterdam 9 januari 2004, JOR 2004/88.

25 HR 9 juli 2004, JOR 2004/266.

26 Hof Amsterdam (OK) 5 januari 2004, JOR 2004/42.

27 Rechtbank Maastricht 12 mei 2004, JOR 2004/184.

28 Rechtbank Arnhem 5 november 1998, JOR 1999/41.

29 Rechtbank Amsterdam 26 november 2003, JOR 2004/29 m.nt. NEDF.

30 Hof 's-Gravenhage 30 september 2003, JOR 2004/54.

31 Rechtbank 's-Hertogenbosch 22 oktober 2002, JOR 2004/55.

32 HR 7 november 2003, NJ 2004, 61.

het arrest van het hof casseert.³³ Op grond van art. 6:130 BW is een schuldenaar van onder andere een verpande vordering bevoegd een tegenvordering in verrekening te brengen tegenover de pandhouder, mits de tegenvordering voortvloeit uit dezelfde rechtsverhouding als verpande vordering en ook aan de overige voorwaarden van art. 6:127 BW is voldaan. In de casus die tot dit arrest heeft geleid, heeft de bestuurder – Bakker – van de vennootschap MB Display een derdenhypothec gegeven aan de bank voor haar vorderingen op MB Display. Daarnaast heeft MB Display aan diezelfde bank een pandrecht gegeven op alle bestaande en toekomstige vorderingen. Op een gegeven moment zegt de bank de kredietovereenkomst met MB Display op en gaat over tot uitwinning van de hypothec op de woning van Bakker. Bakker wordt daardoor gesubrogeerd in de rechten van de bank voor ten hoogste het bedrag waarvoor de woning is uitgewonnen. De bank maakt daarna haar pandrecht openbaar aan de diverse debiteuren van MB Display, onder wie Bakker, en spreekt Bakker aan tot betaling van zijn schuld aan MB Display. Bakker beroept zich echter op zijn recht van verrekening op grond van art. 6:130 BW. Nadat de rechtbank de vordering van de bank heeft afgewezen oordeelt het hof – op andere gronden dan de rechtbank – dat Bakker zich terecht beroept op zijn recht op verrekening met zijn door subrogatie op MB Display verkregen vordering. Het hof oordeelt daarbij dat de vordering van Bakker voortvloeit uit dezelfde rechtsverhouding als de door het pandrecht van de bank haar overgegangene vordering: beide vorderingen vloeien voort uit de financieringsovereenkomst tussen de bank en MB Display. De Hoge Raad maakt hiermee korte metten. Na een heldere uiteenzetting van het begrip ‘dezelfde rechtsverhouding’ oordeelt de Hoge Raad dat het hof heeft miskend dat het er in het onderhavige geval om gaat of de vordering van MB Display op Bakker – en dus niet het pandrecht op die vordering – voortvloeit uit dezelfde rechtsverhouding als de vordering van Bakker op MB Display. Daarvan is geen sprake: Bakker was een bedrag verschuldigd uit hoofde van een rekening-courant, terwijl hij een vordering op MB Display had uit

hoofde van de financieringsovereenkomst met de bank. Aan Bakker komt dan ook niet het recht van verrekening ex art. 6:130 BW toe.

De bank die van een rekeninghouder opdracht krijgt om van het (positieve) saldo een betaling te doen aan een derde, betaalt in beginsel uit het eigen vermogen het opgegeven bedrag aan desbetreffende derde, waarbij de bank ook terstond haar vordering verrekenet met het creditsaldo op de rekening van de schuldenaar. De vordering die tot de verrekening strekt vloeit rechtstreeks voort uit het aannemen van de opdracht tot het doen van de betaling. Wanneer een rekeninghouder vóór zijn faillissement opdracht geeft om ten laste van zijn creditsaldo een girale betaling uit te voeren, is het de bank dus toegestaan – behoudens bijzondere omstandigheden – om haar aldus ontstane vordering te verrekenen met het creditsaldo indien dit gebeurt na de faillissementsdatum van de rekeninghouder, doch voordat het faillissement is gepubliceerd.³⁴

Het is duidelijk dat indien een bank girale betalingen door derden op een rekening van een later gefailleerde cliënt verrekenet met het debetsaldo van die rekening terwijl op dat moment de cliënt in zodanige toestand verkeerde dat het faillissement was te verwachten, de verrekening op grond van art. 54 Fw geen rechtsgevolg hebben.³⁵ Maar wat indien de betalingen van derden afkomstig zijn uit de verkoop van activa waarop de bank eerder een zekerheidsrecht had, terwijl de bank in het kader van de verkoop afstand heeft gedaan van haar zekerheidsrecht onder de voorwaarde dat zij de betaling zou ontvangen en verrekenen met het debetsaldo? Zowel Rechtbank Arnhem als de Hoge Raad mocht zich in 2004 uitlaten over vergelijkbare casus. De rechtbank mocht het spits afbijten.³⁶ Voor deze rechtbank vorderde de curator van de besloten vennootschap Quality Ice Cream dat de bank een bedrag van NLG 2.000.000 zou terugbetalen, welk bedrag zij drie weken voor het faillissement had ontvangen. Het geldbedrag was afkomstig van de verkoop van de inventaris van Quality Ice Cream en haar onroerende zaken, op welke zaken de bank respectievelijk een pandrecht en een hypothecrecht had. De za-

ken waren onderhands verkocht aan derden, die de koopsom onder de verkopende notaris hadden gestort. De notaris had op zijn beurt hetgeen Quality Ice Cream aan de bank verschuldigd was naar de bank overgemaakt onder vermelding van ‘aflossing hypotheek’. De rechtbank oordeelt dat de notaris ter uitvoering van een afspraak van Quality Ice Cream en de bank en als hun gemeenschappelijke lasthebber dat gedeelte van de koopsom dat overeenkwam met de schuld van Quality Ice Cream aan de bank heeft betaald. Zij maakt nog een vergelijking met executoriale verkoop, waarbij de notaris eveneens houdt voor de schuldeiser om daarna aan deze af te dragen, en stelt dan ook vast dat er geen sprake was van verrekening en dat dus art. 54 Fw niet van toepassing is.

De zaak ING Bank/mr. Gunning q.q. komt na jarenlange strijd tussen deze twee partijen³⁷ tot een apotheose.³⁸ Ter aflossing van hun eigen schulden en die van andere waarvoor zij hoofdelijk aansprakelijk waren hebben Elma Vastgoed Ede B.V. (hierna: Ede) en Elma Vastgoed Veenendaal B.V. (hierna: Veenendaal) een overeenkomst gesloten met de bank, welke overeenkomst onder meer inhield dat Ede en Veenendaal hun vastgoed zouden verkopen en dat de opbrengst daarvan in mindering zou komen op de schulden van Ede en Veenendaal aan de bank. Op 22 juni 1994 werden de vastgoedportefeuilles van de beide vennootschappen verkocht aan een derde. Dit leidde tot een betaling van ongeveer NLG 3.100.000, welk bedrag werd bijgeschreven op de kwaliteitsrekening van een notaris. Deze betaalde enkele dagen daarna door aan de bank. Nadien voegde de bank de verschillende saldi van de rekeningen van Ede, Veenendaal en de andere groepsvennootschappen waarvoor zij hoofdelijk aansprakelijk waren, samen. Enkele weken later werd zowel Ede als Veenendaal failliet verklaard. Na het faillissement werd nog een bedrag bijgeschreven op de rekening die ten name staat van Ede. De curator van Ede en Veenendaal vorderde van de bank betaling aan de boedel van de door de bank ontvangen en verrekende bedragen terzake de verkoop van de vastgoedportefeuilles door Ede en Veenendaal. Hij stelde daarbij dat bank niet gerechtigd was om te verrekenen, gelet op de

strenge regels die door de Hoge Raad zijn ontwikkeld ten aanzien van een beroep op verrekening door een bankgiro-instelling in het zicht van het faillissement of de surseance van betaling van een rekeninghouder.³⁹ De curator stelde daarbij tevens dat geen sprake was van parate executie, omdat niet de hypotheekgever maar de eigenaar de onroerende zaken heeft verkocht op voorwaarde dat de koopsom in mindering zou worden gebracht op de vordering van de bank. De Hoge Raad oordeelde dat de betaling door de notaris niet kon worden gezien als de betaling van de koopsom aan de bank als hypotheekhouder. De bank heeft immers afstand gedaan van haar hypotheekrechten op voorwaarde dat de koopsom aan haar zou worden betaald. Dit dient te worden gezien als betaling door een derde. De bank betoogde dat zij zich geen ongerechtvaardigde uitzonderingspositie heeft verworven ten nadele van de overige schuldeisers omdat indien de onderhavige overeenkomst niet was gesloten de bank een hypotheekrecht had gehouden en als separatist de onroerende zaken had kunnen uitwinnen zonder omslag van de algemene faillissementskosten. Volgens de Hoge Raad gaat de bank er daarbij echter aan voorbij dat zij afstand heeft gedaan van haar recht op hypotheek en dus ook van het recht van voorrang en de positie van separatisten die zij daaraan ontleende, zonder – zoals mogelijk was geweest – tegelijk een pandrecht te doen vestigen op de opbrengst van de verkoop van de desbetreffende onroerende zaken of de vordering met instemming van de verkopers van de onroerende zaken rechtstreeks aan haar te laten voldoen. Er is dan ook sprake van verrekening en niet van betaling van een koopsom aan de bank als separatist. Omdat de bank, op het moment dat zij de betaling ontving en verrekende met haar openstaande vordering op de debiteuren Ede en Veenendaal, wist dat



hun faillissement te verwachten was, heeft de bank niet te goeder trouw verrekend, zodat die verrekening zonder rechtsgevolg blijft.

WEDERKERIGE OVEREENKOMSTEN

De verkoper van een reuzenrad vordert in het faillissement van zijn koper verificatie van de verschuldigde koopsom. Het rad was ten tijde van het faillissement nog niet geleverd en de curator had in zijn hoedanigheid van bewindvoerder tijdens de voorafgaande surseance al te kennen gegeven dat koper de koopovereenkomst niet zou nakomen en dat verkoper werd ontslagen uit de op haar rustende verplichtingen uit hoofde van die overeenkomst. Het Hof Amsterdam oordeelde dat het faillissement weliswaar geen invloed heeft op bestaande wederkerige overeenkomsten, maar dat een bewindvoerder dan wel een curator de overeenkomst eenzijdig kan ontbinden voordat de wederpartij een schriftelijke termijn heeft gesteld als bedoeld in art. 236 lid 1 Fw respectievelijk art. 37 lid 1 Fw.⁴⁰ De verklaring van de curator moet op één lijn worden gezet met een verklaring tot buitengerechterlijke ontbinding (art. 6:267 BW). Dit heeft tot gevolg dat voor een actie tot nakoming van de zijde van de verkoper geen ruimte meer bestaat. Verkoper heeft echter wel een vordering tot schadevergoeding.

WEDERZIJDSE ZEKERHEDENREGELING

De wederzijdse zekerhedenregeling is elk jaar weer goed voor ten minste één uitspraak. Zo ook dit jaar. Deze keer beoogt mr. Bannenberg in zijn hoedanigheid van curator van ICT International B.V. de wederzijdse zekerhedenregeling te torpederen.⁴¹ De regeling, waarbij wordt bewerkstelligd dat een eventueel surplus van de opbrengst van zekerheden die zijn verstrekt aan de ene financier wordt aangewend ter voldoening van de vorderingen van de andere financier werd al eerder aangevallen door curatoren.⁴² Mr. Bannenberg q.q. heeft het uiteindelijk tot de Hoge Raad gebracht, om aldaar – net als andere curatoren eerder – alsnog in het ongelijk te worden gesteld.

In het desbetreffende arrest oordeelt de Hoge Raad dat een financieringsconstructie als de onderhavige niet in strijd is met enige goederenrechtelijke regel of goederenrechtelijk beginsel. Evenmin is er reden om aan te nemen dat er sprake is van strijd met art. 53 Fw, in de eerste plaats al omdat geen sprake is van verrekening. Voorzover dat toch het geval zou zijn, dan nog verzet art. 53 Fw zich er niet tegen dat de pandhouders zich op de aan hen verschaftte zekerheden verhalen voor de wederzijdse regresvorderingen die voortvloeien uit het overwaardearrangement. Omdat er ook geen sprake is van overneming door een der pandhouders vóór of tijdens het faillissement van een vordering op of schuld aan de gefailleerde is art. 54 Fw ook niet van toepassing. De wederzijdse zekerhedenregeling blijft in stand.

WERKNEMERS

(ZIE OOK MISBRUIK FAILLISSEMENT)

Een vraag die de laatste jaren regelmatig terugkomt in de rechtspraak is of een opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator kennelijk onredelijk kan zijn. De hoofdregel is gegeven in het arrest-Van

33 HR 14 november 2003, NJ 2004, 115, JOR 2004/58.

34 Hof Amsterdam 11 september 2003, JOR 2004/142.

35 Zie onder andere HR 17 oktober 1998, NJ 1998, 449 en HR 23 april 1999, NJ 2000, 158.

36 Rechtbank Arnhem 2 juni 2004, JOR 2004/218.

37 Zie Rechtbank Arnhem 21 december 2000 JOR 2001/47, Rechtbank Arnhem 20 december 2001, JOR 2002/39, Hof Arnhem 25 maart 2003, JOR 2003/131.

38 HR 19 november 2004, RvdW 2004, 129.

39 Zie voor uitvoerige verwijzingen naar arresten en literatuur de conclusie van A-G Timmerman.

40 Hof Amsterdam 15 januari 2004, JOR 2004/89.

41 HR 9 juli 2004, NJ 2004, 618.

42 Zie onder andere JOR 1999/259, JOR 2001/73 en JOR 2002/182.

Gelder Papier.⁴³ Een opzegging van een arbeidsovereenkomst door de curator is in beginsel niet kennelijk onredelijk. Een opzegging van een arbeidsovereenkomst door de curator kan slechts kennelijk onredelijk zijn indien er bijkomende, uitzonderlijke omstandigheden zijn die hiertoe aanleiding geven. Rechtbank Amsterdam⁴⁴ heeft zich in hoger beroep⁴⁵ over deze vraag moeten buigen waarbij er sprake was van een bijzondere situatie omdat er uiteindelijk sprake was van een positieve boedel. De rechtbank sluit aan bij eerdere uitspraken⁴⁶ om daarna aan te geven dat het criterium voor beantwoording van de vraag moet zijn wat de precieze boedelomvang (die de curator mocht verwachten) was ten tijde van het ontslag. Ook indien zou moeten worden aangenomen dat de curator ten tijde van het ontslag rekening had moeten houden met een positieve boedel, oordeelt de rechtbank dat in de gegeven situatie, mede in aanmerking genomen dat het bepaalde in art. 40 Fw berust op een afweging tussen de belangen van de betrokken werknemers en die van de faillissementscrediteuren, niet kan worden gezegd dat het ontslag kennelijk onredelijk is, ondanks de achteraf gebleken boedelomvang.

Een vonnis van Rechtbank Zwolle laat zien dat ook in het geval van een doorstart na faillissement de verkrijger van de onderneming erop bedacht moet zijn dat een proeftijd ongeldig kan zijn omdat de kennis van de failliete werkgever aan de verkrijger kan worden toegerekend.⁴⁷ In casu werd het

ik dacht naïef: hij mag nog precies één jaar zijn baan houden... Maar blijkbaar denkt de wetgever dat de werknemer bepaald niet weet wat dat is, een jaar.



proeftijdbeding door de rechtbank nietig bevonden.

Een ander vonnis van Rechtbank Zwolle laat zien dat ook in het geval van een doorstart na faillissement de verkrijger van de onderneming erop bedacht moet zijn dat de rechter bij een kennelijk onredelijk ontslag voor de omvang van de schadevergoeding het arbeidsverleden vóór het faillissement meeneemt.⁴⁸ In casu werd de opzegging van de arbeidsovereenkomst als kennelijk onredelijk aangemerkt. Voor de vaststelling van de omvang daarvan zou de kantonrechttersformule worden gebruikt waarbij de door de werknemer gewerkte dienstjaren van vóór faillissement bij rechtsvoorgangers van de werkgeverster werden meegenomen. In zijn noot bij deze uitspraak plaatst mr. Loesberg enige kanttekeningen.

Art. 7:667 lid 4 BW bepaalt dat wanneer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet rechtsgeldig is geëindigd, maar wordt omgezet in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, die arbeidsovereenkomst moet worden opgezegd en dus niet van rechtswege na die bepaalde tijd eindigt. Dit geldt volgens lid 5 ook indien sprake is geweest van verschillende werkgevers die elkaars opvolgers zijn. Na een faillissement heeft een doorstart plaatsgevonden waarbij een werknemer een jaarcontract heeft gekregen. Toen dit niet werd verlengd heeft de werknemer een beroep gedaan op bovengenoemde bepaling. De rechtbank oordeelde dat het dienstverband voor onbepaalde tijd rechtsgeldig is opgezegd door de curator op basis van art. 40 Fw, waardoor art. 7:667 lid 5 BW niet van toepassing is.⁴⁹

Een partij had met de curator een overnameovereenkomst gesloten, waarbij de koper zich verplichtte om de arbeidsverhoudingen met alle werknemers over te nemen.⁵⁰ Volgens de Hoge Raad heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat bovengenoemde overeenkomst in de regel ertoe zal strekken dat rechtstreekse (rechts)betrekkingen tussen de werknemers en de koper worden bewerkstelligd, ook als dat niet expliciet aldus is uitgedrukt. Bij de uitleg van de overeenkomst zijn van beslissende betekenis alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. ●

43 HR 12 januari 1990, NJ 1990, 662.

44 Rechtbank Amsterdam 5 november 2003, JOR 2004/26.

45 Eerste aanleg Kantongerecht Amsterdam 31 augustus 2000, JOR 2002/41, zie ook Kroniek Insolventierecht 2002, *Advocatenblad* 2003, p. 708.

46 Onder andere Kantongerecht Utrecht 8 januari 2003, JOR 2003/244, zie ook Kroniek Insolventierecht 2003, *Advocatenblad* 2004, p. 402.

47 Rechtbank Zwolle 11 december 2003, JOR 2004/117.

48 Rechtbank Zwolle 7 april 2004, JOR 2004/280.

49 Rechtbank 's-Hertogenbosch 12 mei 2004, JOR 2004/281.

50 HR 1 oktober 2004, RvdW 2004, 112, JOR 2004/316.