

Kroniek Insolventierecht 2005 (II)

Alice Koop, Esther Oppedijk van Veen, Carin Schreuder en Ilan Spinath*

In dit nummer deel twee van de kroniek met de jurisprudentie die in 2005 op het gebied van het insolventierecht is gepubliceerd.¹ In deze kroniek wordt de schuldsanering van natuurlijke personen buiten beschouwing gelaten,² evenals het invorderingsrecht van de Ontvanger der Rijksbelastingen.

INHOUD

DEEL I

- Achterstelling
- Actio Pauliana
- Afkoelingsperiode
- Akkoord
- Beroep op en van rechter-commissaris (art. 67 en 69 Fw)
- Bestuurdersaansprakelijkheid – Boek 2 BW
- Bestuurdersaansprakelijkheid – Onrechtmatige daad
- Bodemvoorrecht
- Boedelomvang
- Boedelschulden
- Curator
- Enquête
- Faillietverklaring

DEEL II

- Huur
- Internationale aspecten
- Lopende procedures
- Misbruik faillissement
- Onverschuldigde betaling
- Processuele aspecten, inclusief renvooi- en verificatieprocedures
- Separatisten (hypotheek en (stil) pandrecht)
- Surseance van betaling
- Verificatie van vorderingen
- Verrekening
- Wederkerige overeenkomsten
- Werknemers

HUUR

Woningbouwvereniging Lopik vordert ontbinding van een huurovereenkomst tijdens faillissement en een veroordeling van de curator om vervolgens de ontruiming te gedogen. De Kantonrechter Utrecht oordeelt dat de omstandigheid, dat art. 39 Fw de verhuurder de mogelijkheid geeft om de huurovereenkomst met een in staat van faillissement verkeerde huurder te beëindigen, er niet aan in de weg staat dat de verhuurder een vordering tot ontbinding en ontruiming kan instellen. De gevorderde ontbinding wordt toegewezen. De curator wordt veroordeeld om alle tot de faillissementsboedel behorende zaken uit de woning te (doen) verwijderen.⁶¹

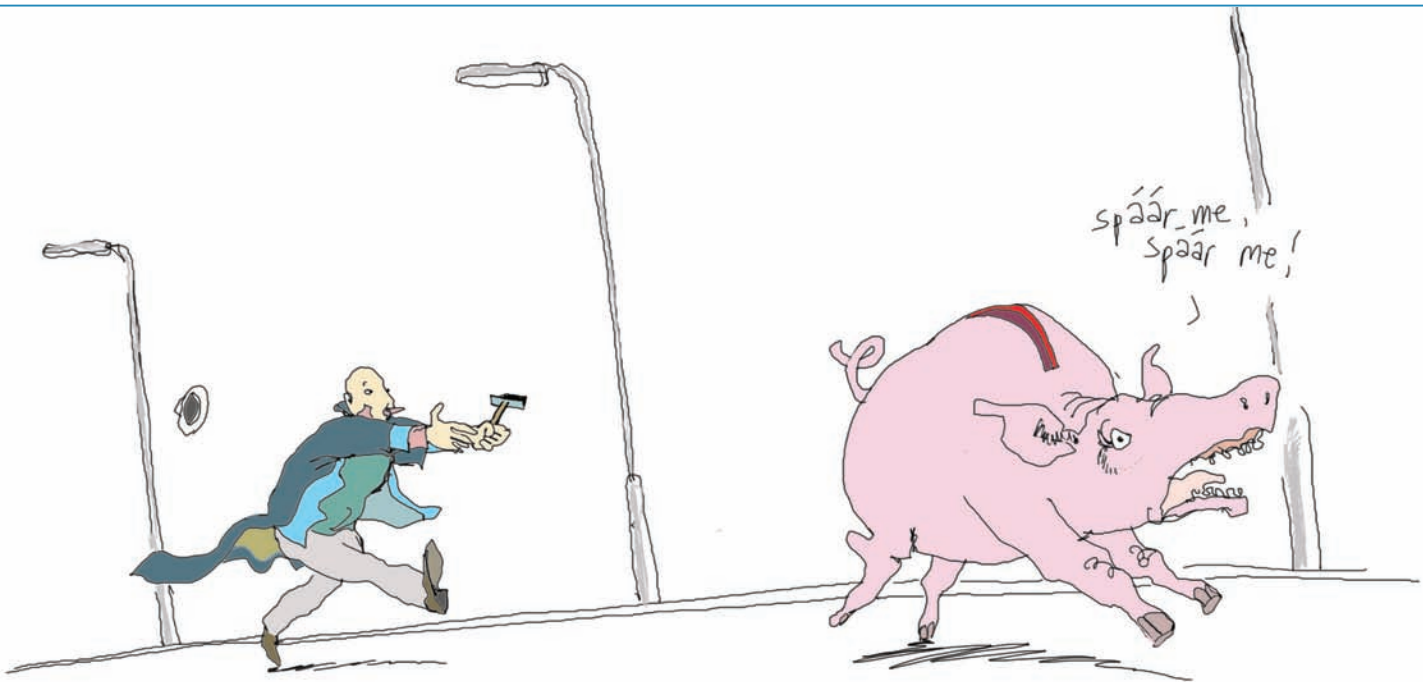
Het Hof Amsterdam liet zich uit over de vraag of art. 39 Fw ook in geval van roerende zaken toepassing dient te vinden.⁶² De sector kanton meende dat dit het geval zal zijn. In casu streed de curator tegen een leasemaatschappij die een aantal auto's aan de failliete vennootschap ter beschikking had gesteld. Het hof meende dat voor een bevestigend antwoord op deze vraag geen steun in de wet en zijn geschiedenis te vinden is. De tekst en strekking van art. 39 Fw leiden ertoe, aldus het hof, aan te nemen dat het artikel slechts ziet op huur van onroerende zaken.

HR 13 mei 2005

Op 13 mei 2005 liet de Hoge Raad zich uit over de vraag of art. 238 Fw (onderscheidenlijk art. 39 Fw) in de weg staat aan een beroep van een verhuurder op het

in de huurovereenkomst bepaalde, dat de verhuurder in geval surseance van betaling van de huur recht heeft op ontbinding van de huurovereenkomst (met betrekking tot de roerende zaken) en op schadevergoeding tot een bedrag ter grootte van alle resterende huurtermijnen die bij een normale uitvoering van de overeenkomst zouden zijn verschenen.⁶³ De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de tekst en de strekking van art. 238 Fw zich er niet tegen verzetten dat in de huurovereenkomst een bepaling wordt opgenomen die, in aanvulling op de wettelijke regeling, ook aan de verhuurder de mogelijkheid biedt om in geval van surseance de huurovereenkomst tussentijds te beëindigen. Een beding omtrent schadevergoeding bij ontbinding door verhuurder is evenmin nietig geacht.

Voor haar faillissement droeg een vennootschap de economische eigendom van een onroerende zaak over aan Walton. Die verhuurde de ruimte aan een derde, waartoe zij op grond van de akte van economische eigendomsoverdracht bevoegd is. Vervolgens ging de vennootschap failliet. Het Hof Amsterdam oordeelde dat voor het in eigen naam aangaan van die huurovereenkomst geen bijzondere bevoegdheid of positie van Walton nodig was maar slechts wilsovereenstemming met de huurder.⁶⁴ Het faillissement van de juridische eigenaar heeft de overeenkomst tot economische eigendomsoverdracht niet van rechtswege doen eindigen. Feiten of omstandigheden waaruit volgt dat de overeenkomst nadien wel geëindigd is, zijn niet of niet voldoende gesteld noch is



daarvan gebleken. De economisch gerechtigde is nog altijd gerechtigd tot gebruik van het pand.

Het afgeven van een zogenaamde 403-verklaring door de moeder resulteert niet alleen in aansprakelijkheid van de moedervenootschap voor door de failliete dochter verschuldigde huurtermijnen maar ook op de schadevergoedingsverplichting van de dochter op grond van de huurovereenkomst.⁶⁵

HYPOTHEEK: ZIE SEPARATISTEN

INTERNATIONALE ASPECTEN

Ingevolge art. 3 van de EU Insolventieverordening (IVO) zijn de rechters van de lidstaat waar het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar is gelegen, bevoegd de insolventieprocedure te openen. Zolang het tegendeel niet bewezen is, wordt

bij vennootschappen dat centrum vermoed de plaats van de statutaire zetel te zijn. Nu de vennootschap sinds geruime tijd in het geheel geen economische activiteiten meer ontplooit, is geen sprake meer van een daadwerkelijk functionerend centrum van voornaamste belangen en kan als zodanig alleen haar statutaire zetel gelden. De omstandigheid dat de vereffeningsactiviteiten in Italië plaatsvinden is niet relevant omdat dit geen (economische) activiteiten van de vennootschap zijn.⁶⁶

Op grond van art. 4 lid 2 onder m IVO moet het beroep van de curator op vernietiging van voor de schuldeisers nadelige rechtshandelingen worden getoetst aan het recht van de lidstaat waar de insolventieprocedure wordt geopend. Art. 13 IVO bepaalt vervolgens dat de lex concursus niet van toepassing is indien degene die voordeel heeft

gehad bij een voor de andere schuldeisers nadelige rechtshandeling bewijst dat deze handeling onderworpen is aan het recht van een andere lidstaat en dat dat recht (waaronder het insolventierecht) in het gegeven geval niet voorziet in de mogelijkheid om de rechtshandeling te bestijden. Onder 'in het gegeven geval' moet worden verstaan dat de handeling de facto onaanvechtbaar moet zijn, dus nadat alle concrete omstandigheden van het geval in aanmerking zijn genomen.⁶⁷

Nu de schuldenaar vóór indiening van het faillissementsverzoek naar België is vertrokken moet België worden aangemerkt als het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar. Bovendien is niet aannemelijk geworden dat de schuldenaar ná zijn vertrek naar België nog activiteiten in Nederland heeft ontplooid. Dat de schulde-

* Alice Koop en Carin Schreuder zijn als advocaat werkzaam bij AKD Prinsen Van Wijmen N.V. te Utrecht, Esther Oppedijk van Veen en Ilan Spinath werken als advocaat bij Loyens & Loeff te Amsterdam.

1 Zoals gepubliceerd in Rechtspraak van de Week (RvdW), Nederlandse Jurisprudentie (NJ), Nederlandse Jurisprudentie, feitenrechtspraak civiele zaken (Feitenrechtspraak) en Jurisprudentie Ondernemingsrecht (JOR), alsmede in de rubriek Ongepubliceerde Jurisprudentie in de in het Tijdschrift voor Insolventierecht (Tvl) opgenomen Insolad Nieuwsbrief (Nieuwsbrief Tvl). Voor zover uitspraken in 2005 zowel in RvdW en NJ zijn verschenen, is er naar gestreefd alleen de NJ-vindplaats te vermelden. Voor zover uitspraken in 2004 zowel in JOR als enig ander tijdschrift

zijn opgenomen, is er naar gestreefd steeds beide vindplaatsen te vermelden. Uitspraken die in 2004 in de RvdW zijn gepubliceerd, en in 2005 in enig ander tijdschrift, worden hier niet meer besproken als ze al zijn besproken in de Kroniek Insolventierecht 2004.

Deze Kroniek is samengesteld op basis van eigen selectie door de auteurs, zonder de pretentie van volledigheid. Voor de gepubliceerde rechtsgelerde literatuur op het gebied van insolventie verwijzen wij naar de overzichten die F.P. van Koppen regelmatig in Tvl publiceert.

2 Zie hiervoor de jurisprudentieoverzichten die tweemaandelijks verschijnen in het tijdschrift *SchuldSanering*. Zie hiervoor verder ook de website www.rvr.org.

61 Rechtbank Utrecht 6 april 2005, JOR 2005/135.

62 Hof Amsterdam 3 februari 2005, JOR 2005/128.

63 HR 13 mei 2005, JOR 2005/222.

64 Hof Amsterdam 17 maart 2005, JOR 2005/161.

65 Rechtbank 's-Gravenhage 2 maart 2005, JOR 2005/116.

66 Hof 's-Gravenhage 11 oktober 2005, JOR 2005/309.

67 Rechtbank Amsterdam 26 januari 2005, JOR 2005/196.

68 Rechtbank Dordrecht 23 november 2005, NJF 2006/93.

69 Rechtbank Almelo 12 januari 2005, Tvl 2005/2, p. 20.

70 Rechtbank Utrecht 9 november 2005, NJ 2005, 311, voor een nadere toelichting wordt verwezen naar het item achterstelling.

naar bij zijn vertrek naar België reeds één of meer schulden had jegens de verzoeker van het faillissement is onvoldoende om aan te nemen dat het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar in Nederland is gelegen.⁶⁸

Gefailleerde gaat in verzet tegen de in Nederland uitsproken faillietverklaring, stellende dat hij geen kantoor houdt in Nederland. Hij staat wel ingeschreven in het register van de Kamer van Koophandel (op het woonadres van zijn ouders) maar dat is enkel omdat hij 10% van zijn werkzaamheden in Nederland verricht. De curator heeft vastgesteld dat het adres in Nederland inderdaad slechts het woonadres van de ouders is en dat van een kantoor geen sprake is. De rechtbank stelt op grond daarvan vast dat gefailleerde geen kantoor houdt in Nederland en dat het centrum van de voornaamste belangen in Duitsland is gelegen. Op grond hiervan is de Duitse rechter bevoegd om van de faillissementsaanvraag kennis te nemen. De rechtbank vernietigt het faillissement, maar brengt de faillissementskosten en het salaris van de curator ten laste van de failliet. Dat de aanvrager van het faillissement zich niet tot de bevoegde rechter heeft gewend, is aan de failliet te wijten door zijn inschrijving in het handelsregister alsmede door zijn niet-verschijning bij de behandeling van de faillissementsaanvraag.⁶⁹

LOPENDE PROCEDURES

Rechtbank Utrecht sprak zich uit over de vraag hoe curatoren voorafgaand aan en tijdens een verificatievergadering dienen om te gaan met een achterstelling.⁷⁰

Voordat een vennootschap failliet ging, was zij gedaagde in conventie en eiseres in reconventie in een procedure. Het faillissement van de vennootschap wordt uitgesproken, de procedure geschorst. Vervolgens continueert de curator de procedure in reconventie. Eiseres in conventie wenst ook de procedure in conventie te continueren. De rechtbank oordeelt dat daarvan alleen – ex art. 29 Fw – sprake kan zijn, indien de verificatie van de vordering op de verificatievergadering wordt betwist.⁷¹ Er is geen rechtsregel op

grond waarvan de rechtbank, vooruitlopend daarop, voortzetting van de procedure zou kunnen gelasten. Dat zou ook daarom onjuist zijn, omdat niet alleen de curator de mogelijkheid heeft de vorderingen te betwisten, maar ook andere schuldeisers die daarmee partij in het geding kunnen worden. Voor schorsing van de procedure in reconventie is evenmin grond, nu er geen rechtsregel is die dat met zich brengt.

MISBRUIK FAILLISSEMENT

Rechtbank Amsterdam volgde de werknemers niet die (ex art. 10 Fw) verzet instelden tegen het faillissement van hun werkgever. Zij stelden dat het faillissement slechts zou dienen om de werknemers in hun rechten te bekorten. Teneinde de boedel (van de insursee van betaling verkerende vennootschap) te beschermen tegen vorderingen van werknemers en het UWV, hadden de bewindvoerders van de vennootschap er belang bij de termijn van opzegging te beperken door het faillissement van de vennootschap uit te lokken. De rechtbank oordeelde dat geen sprake van misbruik was, nu in de bescherming van de belangen van het personeel in belangrijke mate voorzien was: bewindvoerders hadden bewerkstelligd dat voor alle werknemers een aanbod tot tewerkstelling bij een derde was geformuleerd.⁷²

Rechtbank 's-Gravenhage wees een verzoek tot faillietverklaring af, dat door de Ontvanger was ingediend.⁷³ De Ontvanger wist dat de vennootschap geen verhaal zou bieden en was zich er van bewust dat het faillissement opgeheven zou worden bij gebrek aan baten. De Ontvanger kon de rechtbank desgevraagd geen ander belang voor de faillissementsaanvraag noemen dan het streven naar het einde van het bestaan van de vennootschap. De rechtbank toetste aan de artikelen 3:13 en 3:303 BW en oordeelde dat in deze situatie sprake is van onevenredigheid tussen het belang van de Ontvanger bij de uitoefening van die bevoegdheid en het belang dat daardoor wordt geschaad, waarmee op de niet-verhaalbare kosten van de curator wordt gedoeld. De rechtbank verwijst nog naar de vereenvoudigde ontbindingsregeling ex art. 2:19a BW (de zogenaamde 'turbo liquidatie').

ONVERSCHULDIGDE BETALING

In zijn arresten van 5 september 1997, *JOR* 1997/102 (Ontvanger/Hamm q.q.) en 7 juni 2002, *JOR* 2002/147 (Komdeur q.q./Nationale Nederlanden) heeft de Hoge Raad bepaald dat de curator, indien een bedrag als gevolg van een onmiskenbare vergissing onverschuldigd aan de boedel is betaald, verplicht is om zo spoedig mogelijk een bedrag gelijk aan dat waarmee de boedel is verrijkt te voldoen aan degene die onverschuldigd heeft betaald. Het Hof Arnhem is van oordeel dat er ook sprake kan zijn van een onmiskenbare vergissing, indien het voor de curator niet onmiddellijk na ontvangst van de betaling duidelijk is dat de betaling onverschuldigd is verricht. Van een onmiskenbare vergissing is naar het oordeel van het hof sprake, indien redelijkerwijs geen twijfel meer bestaat dat de (onverschuldigde) betaling niet op een aanwijsbare – al dan niet inmiddels vervallen – rechtsgrond/rechtsverhouding is terug te voeren.⁷⁴

PANDRECHT: ZIE SEPARATISTEN

PAULIANA: ZIE ACTIO PAULIANA

PROCESSUELE ASPECTEN, INCLUSIEF RENVOOI- EN VERIFICATIEPROCEDURES

Het staat een schuldeiser niet vrij in de renvooiprocedure een door hem in het faillissement ingediende vordering te vermeerderen dan wel de grondslag van de vordering te moeten wijzigen. Volgens het hof verzet het stelsel van de Faillissementswet zich hiertegen, op grond waarvan vorderingen voor een bepaald tijdstip worden ingediend waarna deze worden overgebracht op openbaar te maken lijsten die voor de medeschuldeisers en de curator de basis vormen voor een eventuele betwisting van de vordering. Medeschuldeisers die op de verificatievergadering de vordering niet hebben betwist maar wel bezwaar hebben tegen de vermeerderde eis of de gewijzigde grondslag, kunnen zich in de renvooiprocedure immers niet voegen of tussenkomen (artikel 122 lid 4 Fw) en zou dus de mogelijkheid worden onthouden hun bezwaren kenbaar te maken.⁷⁵

**RECHTER-COMMISSARIS:
ZIE BEROEP OP EN VAN RECHTER-
COMMISSARIS**

**SEPARATISTEN (HYPOTHEEK EN
(STIL) PANDRECHT)**

Voor de vraag of stil pandrecht op roerende zaken rechtsgeldig in vuistpand is omgezet, is beslissend of de feitelijke gang van zaken dusdanig was dat deze in de macht van de pandhouder zijn gekomen voor faillissement, aldus de Rechtbank Utrecht. Omzetting van stil pandrecht in vuistpand kan niet als paulianeus worden aangemerkt, noch kan de bestuurder van de gefailleerde vennootschap aansprakelijk worden gesteld uit hoofde van art. 2:9 of 6:162 BW voor medewerking aan omzetting.⁷⁶

HR 19 november 2004

De Hoge Raad stelt vast dat aan het in art. 3:239 lid 1 BW genoemde vereiste van registratie voor de vestiging van een stil pandrecht op een vordering op naam slechts kan worden voldaan door de akte in de registers bij de Inspecteurs der Rijksbelastingen te registreren. Op deze wijze wordt antedatering van de totstandkoming van het pandrecht voorkomen en wordt ook een psychologische blokkade opgeworpen voor het opmaken van valse akten. Dit tweeledige doel wordt niet bereikt door de akte te deponeren bij een notaris of door de notaris een akte van dat depot te laten opmaken.⁷⁷

Rechtbank Zwolle oordeelt, dat de gehele opbrengst van verpande zaken aan de pandhouder moet worden afgedragen en de omzetbelasting een boedelschuld is die ten laste van de algemene en niet van de bijzondere faillissementskosten wordt gebracht.⁷⁸ Het Hof Den Bosch behandelt in appel de vraag of de opbrengst van de onderhandse verkoop van stil verpande zaken uit hoofde van art. 58 lid 2 Fw direct aan de pandhouder moet worden betaald, zoals de

rechtbank had geoordeeld, of dat de curator eerst het fiscale voorrecht van de Ontvanger moet behartigen. Het hof stelt dat art. 58 Fw niet op de onderhandse verkoop van stil verpande zaken van toepassing is. De curator executeert de verpande zaken als gevolmachtigde van de pandhouder in de zin van art. 57 Fw. De curator hoeft op grond van art. 57 lid 3 Fw niet expliciet te bedingen dat hij ten behoeve van de overige schuldeisers die in rang boven de pandhouder gaan hun belangen zal behartigen.⁷⁹

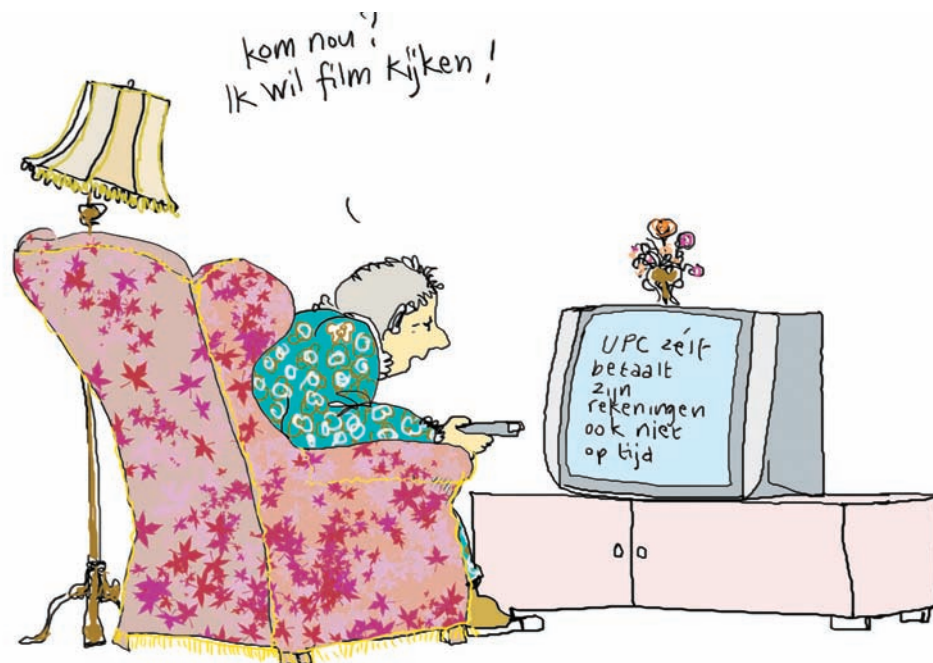
Tot slot een arrest van de Hoge Raad over het recht van hypotheek. Een bank legt derdenbeslag en treft daarmee een vordering van de derdenbeslagene waaraan een recht van hypotheek is verbonden ten gunste van de schuldenaar. De Hoge Raad is van oordeel dat de beslaglegger het – aan de vordering verbonden hypothecaire recht – ten gunste van schuldenaar mag uitoefenen, in die zin dat de beslaglegger voorrang heeft boven andere schuldeisers van de derdenbeslagene die zich op de executoriale opbrengst van deze vordering willen verhalen. De Hoge Raad stelt dat deze uitleg volgt uit het in de

artikelen 477a e.v. Rv neergelegde wettelijke systeem, en dit ook volgt uit hoofde van praktische overwegingen.⁸⁰

STIL PANDRECHT: ZIE SEPARATISTEN

SURSEANCE VAN BETALING

In de uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam kwam de vraag aan de orde of gedaagden misbruik van recht maken, althans naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar handelen, althans onrechtmatig handelen jegens eiser door te weigeren in te stemmen met het door eiser voorgestelde akkoord. Vaststaat dat het aanbieden van een akkoord voor bedrijven in moeilijkheden een mogelijkheid is om tot schuldsanering te komen. Daarbij stelt de wetgever niet de eis dat een dergelijk akkoord uitsluitend tot stand zou mogen komen bij staking van beroepsactiviteiten. Nu het wettelijk stelsel de mogelijkheid van het afdwingen van een akkoord biedt, kan het verweer van concurrentievervalsing en precedentwerking in zijn algemeenheid niet worden gehonoreerd.



71 Rechtbank Arnhem 29 juni 2005, JOR 2005/227.

72 Rechtbank Amsterdam 25 mei 2005, JOR 2005/201.

73 Rechtbank 's-Gravenhage 3 augustus 2005, nieuwsbrief TVI 2005/6, p. 64.

74 Hof Arnhem 23 augustus 2005, JOR 2005/259.

75 Hof Amsterdam 24 februari 2005, JOR 2005/130.

76 Rechtbank Utrecht 15 december 2004, JOR 2005/80.

77 HR 19 november 2004, JOR 2005/20 m.nt. Kortmann. Vervolg op Hof Den Bosch 22 april 2003, JOR 2003/182 m.nt. Visser.

78 Rechtbank Zwolle 3 juni 2005, JOR 2005/203.

79 Hof Den Bosch 6 september 2005, JOR 2005/286.

80 HR 11 maart 2005, JOR 2005/131. Vervolg op Hof Den Haag 30 juli 2003, JOR 2004/53.

81 Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam 17 maart 2005, JOR 2005/159.

Dat er sprake is van omstandigheden die dit in dit geval anders maken, is niet gebleven. Daarnaast is onvoldoende duidelijk geworden dat gedaagden meer geld zouden ontvangen in het geval dat eiser failliet zou worden verklaard dan bij instemming met het akkoord. In de gegeven omstandigheden levert de weigering van gedaagden om in te stemmen met het akkoord volgens de Voorzieningenrechter misbruik van recht op, temeer nu de andere crediteuren baat hebben bij het akkoord en eiser bovendien werkgelegenheid blijft verschaffen.⁸¹

Artikel 238 Fw strekt ertoe, dat in geval van een surseance van betaling, indien het belang van de boedel zulks eist, de huurder met medewerking van de bewindvoerder de huur op korte termijn kan beëindigen, waartegenover in het belang van de verhuurder is bepaald dat de huurprijs van de aanvang der surseance af boedelschuld is. De tekst en de strekking van deze bepaling verzetten zich er volgens de Hoge Raad niet tegen dat in de huurovereenkomst een bepaling wordt opgenomen die, in aanvulling op de wettelijke regeling, ook aan de verhuurder de mogelijkheid biedt in geval van surseance van betaling de huurovereenkomst tussentijds te beëindigen.⁸²

Op 3 december 2002 is aan UPC voorlopige surseance van betaling verleend. Op diezelfde dag heeft UPC een ontwerpakkoord ter griffie neergelegd. Movieco heeft eveneens op diezelfde dag een arbitrageprocedure aangehangig gemaakt waarin zij van UPC betaling van de openstaande rekeningen vordert. De bewindvoerder heeft vervolgens de vordering van Movieco gewaardeerd en op de lijst van voorlopig erkende schuldvorderingen geplaatst. De vordering van Movieco is noch door de bewindvoerder, noch door UPC, noch door een andere schuldeiser betwist. Ter vergadering is een akkoord in stemming gebracht en aangenomen. De rechtbank heeft het akkoord op 13 maart 2003 gehomologeerd. Vervolgens heeft Movieco aanspraak gemaakt op betaling onder het akkoord. UPC betwist de vordering van Movieco en weigert te betalen. Naar aanleiding hiervan heeft Movieco verzocht tot ontbinding van

het akkoord. UPC heeft hiertegen verweer gevoerd door te stellen dat nu in de arbitrale procedure nog beslist moet worden over de vordering van Movieco, Movieco geen schuldeiser is die bevoegd is ontbinding van het akkoord te verlangen. De Hoge Raad oordeelt dat de schuldeiser wiens niet-betwiste vordering is opgenomen in het in art. 269 Fw bedoelde proces-verbaal, de ontbinding van het akkoord kan verzoeken op de enkele grond dat de schuldenaar in gebreke is gebleven het akkoord na te komen. Indien de vordering als gevolg van een verzuim door de schuldenaar niet is betwist of indien na de totstandkoming van het akkoord aan de schuldenaar alsnog gronden blijken voor betwisting van de vordering, zal hij in beginsel een afzonderlijke procedure aangehangig dienen te maken waarin hij de grondslag van de vordering alsnog dient te betwisten en terugbetaling van de inmiddels voldane akkoordpenningen dient te vorderen.⁸³

Op grond van art. 225 Fw kan een schuldeiser de rechtbank verzoeken om zodanige bepalingen te maken als ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers nodig wordt geoordeeld. Het feit dat de verzochte maatregelen liggen binnen het kader van het terrein van de enquête en dat de Ondernemingskamer de meest aangewezen instantie is om hierover beslissingen te nemen doet aan deze mogelijkheid niets af. De rechtbank blijft bevoegd ter beveiliging van de belangen van alle schuldeisers bepaalde niet uit te stellen maatregelen te bevelen, in elk geval totdat de Ondernemingskamer een (nadere) beslissing heeft genomen. Uitgaande van een situatie waarin een bewindvoerder moet samenwerken met twee bestuurders die in conflict zijn, is het heel wel denkbaar dat hangende een beslissing terzake door de Ondernemingskamer door de rechtbank ex art. 225 Fw een tijdelijke voorziening wordt getroffen, door bijvoorbeeld een bestuurder te schorsen.⁸⁴

VERIFICATIE VAN VORDERINGEN

In de uitspraak van de Rechtbank Utrecht van 9 november 2005 stond de vraag centraal hoe de curatoren voorafgaand en tijdens de verificatievergadering hadden moeten omgaan met een achtergestelde vordering.

Een regeling omtrent de achterstelling ontbreekt in de Faillissementswet.⁸⁵

VERREKENING

Verrekening blijkt in de praktijk telkens weer een lastig onderwerp. Ook in 2005 zijn er veel uitspraken gepubliceerd over verrekening in faillissementssituaties.

De bank die een door de schuldenaar ná haar faillissement gegeven betalingsopdracht uitvoert en verrekent met haar creditsaldo, handelt in strijd met art. 53 Fw. Daaraan doet niet af, dat de bank niet wist of kon weten van het faillissement omdat het op de dag van de betaling (en verrekening) werd uitgesproken.⁸⁶ Onbekendheid met het faillissement kan zelfs in het geheel geen rol van betekenis spelen wanneer de betalingsopdracht na faillissement is gegeven, aldus Rechtbank Utrecht: de verrekening dient goederenrechtelijk te worden beoordeeld en kan op grond van art. 54 Fw worden vernietigd.⁸⁷ Overigens merkt de annotator bij deze uitspraak terecht op, dat de rechtbank de vordering van curator had kunnen toewijzen op grond van art. 53 Fw.

Tot slot de situatie dat de bank een vóór faillissement verstrekte betalingsopdracht na faillissement, maar voor publicatie uitvoert, terwijl de bank klaarblijkelijk ook niet op andere wijze van het faillissement op de hoogte is gebracht. De bank is gehouden betalingsopdrachten van failliet uit te voeren tot het moment waarop zij weet of had behoren te weten van het faillissement. De bank mag zich ten opzichte van curator op verrekening beroepen (art. 53 Fw) voor zover failliet de betalingsopdracht vóór faillissement heeft verstrekt en de bank niet op de hoogte had behoren te zijn van het faillissement.⁸⁸ Wel is het mogelijk dat de bank verhaal haalt bij de ontvanger van de gelden.⁸⁹

De positie van de bank als separatist wijzigt drastisch als diezelfde bank meewerkt aan onderhandse verkoop van met hypotheek bezwaarde zaken.⁹⁰ Nadat de bank afstand deed van haar hypothecair recht op onroerende zaken, gaan de eigenaren en voormalig hypotheekgevers, die behoren tot

dezelfde groep van vennootschappen, over tot verkoop van hun onroerende zaken. De opbrengst wordt vlak voor haar faillissement op de op naam van een van de schuldenaren gestelde bankrekening bij de bank gestort. De bank verrekent vervolgens haar vorderingen op de schuldenaar met de door de storting op de bankrekening ontstane schulden aan de schuldenaar. Er is geen reden om van de strenge regels van de Hoge Raad over (girale) verrekening door de bank kort voor faillissement van de schuldenaar/rekeninghouder af te wijken. De bank heeft met de verrekening kort voor het faillissement niet te goeder trouw gehandeld, waarbij het feit dat door de gekozen opzet de crediteuren niet zijn benadeeld geen rol speelt. De bank kan deze situatie voorkomen door een pandrecht te vestigen op de opbrengst van de verkoop van de onroerende zaken. Het vermogen van een stichting derdengelden van een advocatenkantoor en dat van het kantoor zelf kunnen niet worden vereenzelvigd; het zijn gescheiden vermogens. Indien een debiteur van een schuldenaar haar schuld voldoet door te betalen op de derdengeldrekening van de advocaat van de schuldenaar kan die advocaat zijn vordering tijdens faillissement niet verrekenen met de door hem ontvangen derdengelden.⁹¹

De bank die een onverschuldigde betaling aan de curator wenst te verrekenen met nadien ontvangen betalingen van prefaillementsdebiteuren van de gefailleerde trekt aan het kortste eind. De vordering van de bank is immers een (concurrente) boedelvordering, terwijl de betalingen van de debiteuren voortvloeien uit voor faillissement ontstane rechtsverhoudingen.⁹²

Een curator vordert betaling van een bij gefailleerde vennootschap betrokken derde. Deze derde heeft in het zicht van faillissement in opdracht van de vennootschap betalingen van debiteuren van de vennootschap ontvangen en daarvan betalingen aan haar crediteuren verricht. De derde had door hem gestelde vordering op vennootschap verrekend met binnengekomen gelden van debiteuren op zijn rekening. De Voorzieningenrechter bepaalt dat de derde met de ontvangst van de debiteurengelden een schuld aan de vennootschap heeft overgenomen, maar deze niet te goeder trouw met zijn gestelde vordering kon verrekenen (art. 54 Fw) aangezien hij ook zelf de faillissementsaanvraag voor de vennootschap had opgesteld.⁹³

Art. 54 Fw kan ook van toepassing zijn indien er sprake is van oneigenlijk gebruikmaken van de mogelijkheid tot verrekening, ondanks dat er geen schuld van een derde is overgenomen en dus strikt gezien niet aan de voorwaarden van art. 54 Fw is voldaan. Indien een concurrente schuldeiser zijn vordering voldoet door de inventaris van de debiteur te kopen en de koopsom te voldoen door middel van verrekening met zijn vordering dan bevoordeelt deze schuldeiser zichzelf ten onrechte boven andere concurrente schuldeisers. In casu was de schuldeiser enig aandeelhouder en bestuurder van de debiteur en kan worden vastgesteld dat zij bij de verrekening niet te goeder trouw heeft gehandeld.⁹⁴

Een tweetal uitspraken waarin art. 53 lid 3 Fw aan de orde komt. In de eerste procedure speelt dat de curator na faillissement besluit slechts de procedure in reconventie voort te zetten. De rechtbank is van oordeel dat de

splitsing van de procedure in conventie en reconventie niet in de weg staan aan verrekeningsmogelijkheden. Gedaagde in reconventie kan tegen de vordering van curator een verrekeningsverklaring aan curator uitbrengen, waartegen de curator zich blijkens art. 53 lid 3 Fw niet mag beroepen op art. 6:136 BW.⁹⁵

HR 18 november 2005

De Hoge Raad vernietigt een arrest van het Hof Amsterdam van 22 april 2004, omdat het hof heeft miskend dat art. 6:136 BW niet van toepassing is in geval van faillissement. In geval van een faillissement van een



82 HR 13 mei 2005, JOR 2005/222.

83 HR 4 februari 2005, JOR 2005/106.

84 Rechtbank 's-Gravenhage 24 februari 2005, JOR 2005/129.

85 Rechtbank Utrecht 9 november 2005, JOR 2005/311, verwezen wordt eveneens naar het item achterstelling.

86 Rechtbank Utrecht 17 november 2004, JOR 2005/18 m.nt. A.J. Verdaas.

87 Rechtbank Utrecht 21 september 2005, JOR 2005/287 m.nt. R.J. Abendroth.

88 Rechtbank Utrecht, 13 april 2005, JOR 2005/136 m.nt. A. Verdaas. Zie ook Rechtbank Alkmaar 2 maart 2005, JOR 2005/110.

89 Rechtbank Alkmaar 2 maart 2005, JOR 2005/110 m.nt. Verdaas. Dit vonnis heeft geen betrekking op verrekening, maar laat wel de lijn van de jurisprudentie zien wat betreft de gevolgen van de uitvoering van betalingsopdrachten na faillissement, maar voor publicatie daarvan.

90 HR 19 november 2004, JOR 2005/19 m.nt. mr. A. Steneker. Zie ook TvI 2005, nr. 2 p. 53 e.v.

91 Rechtbank Den Haag 8 december 2004, JOR 2005/21.

92 Rechtbank Amsterdam 17 augustus 2005, TvI-nieuwsbrief 2005, nr. 6, p. 64.

93 Voorzieningenrechter Rechtbank Den Bosch 26 oktober 2004, JOR 2005/47.

94 Rechtbank Den Haag 9 november 2005, JOR 2005/310. Vergelijk met HR 7 november 2003, JOR 2004/57.

95 Rechtbank Arnhem 29 juni 2005, JOR 2005/227.

96 HR 18 november 2005, RvdW 2005/129.

97 HR 3 december 2004, JOR 2005/51 m.nt. N.E.D. Faber. Sprongcassatie in navolging van Rechtbank Amsterdam 26 november 2003, JOR 2004/29 m.nt. mr. N.E.D. Faber.

pandgever kan de debiteur van de verpande vordering zijn tegenvordering met overeenkomstige toepassing van art. 53 lid 3 Fw verrekenen zonder dat pandhouder een beroep op art. 6:136 BW toekomt.⁹⁶

HR 3 december 2004

Tot slot een viertal uitspraken die op zichzelf staan. Allereerst een arrest van de Hoge Raad over stornering door een bank. Na faillissement van een vennootschap storneert de bank de betaling van een debiteur. De bank beroept zich daarbij op een overeenkomst met de gefailleerde. De Hoge Raad oordeelt dat de betaling gezien dient te worden als een administratieve handeling, die totdat de mogelijkheid van stornering is uitgesloten geen wijzigingen aanbrengt in het vermogen van schuldenaar of crediteur. Van verrekening is dan ook geen sprake.⁹⁷

HR 22 april 2005

Wanneer het saldo van een bankrekening wordt beslagen, kan de bank die de rekening beheert, het beslagen saldo niet verrekenen met haar nadien ontstane vordering op de beslagene; art. 6:130 BW staat daaraan in de weg. Als na het faillissement van de schuldenaar de beslagen komen te vervallen (art. 33 Fw) ziet de bank haar kans schoon en verrekent alsnog. Tevergeefs: de Hoge Raad oordeelt uiteindelijk dat het faillissement niet betekent dat de schuldenaar zich alsnog op verrekening kan beroepen.⁹⁸ Het faillissement breidt de mogelijkheden tot verrekening weliswaar uit, maar heeft niet de bedoeling het ontbreken van de verrekeningsbevoegdheid op grond van art. 6:130 BW te helen.

De curator die in een incasso-kort geding betaling van een prefaillissementsdebiteur vordert, hoort die debiteur zich beroepen op het bestaan van een tegenvordering. De tegenvordering wordt door de curator betwist. De Voorzieningenrechter stelt echter dat de vordering van curator tot betaling in kort geding niet kan slagen nu niet valt uit te sluiten dat een rechter in een bodemprocedure de tegenvordering van de gedaagde zal toewijzen. Daarbij is van belang dat in een incasso-kort geding het bestaan en de omvang van de vordering in hoge mate aan-

nemelijk moeten zijn en dat aan verrekening in faillissement minder zware eisen worden gesteld dan buiten faillissement (art. 53 Fw).⁹⁹

De laatste hier besproken uitspraak over verrekening is afkomstig van het Hof 's-Hertogenbosch.¹⁰⁰ Het hof oordeelt dat voor verrekening van een boedelschuld en een boedelvordering niet de regels van de Faillissementswet gelden, maar dat aan de 'gewone' vereisten van verrekening ex art. 6:127 e.v. BW moet worden voldaan.

WEDERKERIGE OVEREENKOMSTEN

Uit hoofde van de overeenkomst tussen partijen moesten ook na datum faillissement nog een aantal projecten worden afgemaakt door de failliet. De failliet heeft echter slechts een deel van de projecten afgemaakt, waarop de schuldeiser hem aanspreekt op grond van wanprestatie. De curator stelt zich op het standpunt dat de schuldeiser hem niet in de gelegenheid heeft gesteld om de overeenkomst na te komen. Volgens de curator had de schuldeiser hem op grond van art. 37 Fw een termijn moeten stellen om te verklaren of hij bereid was het werk voort te zetten. De schuldeiser heeft hiertegen ingebracht dat hij uit hoofde van art. 37 Fw niet verplicht maar bevoegd is om de curator om duidelijkheid te vragen indien hij onzeker is of een wederkerige overeenkomst door de curator zal worden nagekomen. Volgens de schuldeiser was van onzekerheid echter geen sprake nu hij met een tweetal managers van de failliet had besproken dat enkel een aantal projecten zouden worden afgerond. Door de prominente positie van deze twee managers binnen het bedrijf en het aantal gesprekken dat zij hebben gevoerd over een langere periode zonder dat de curator op enige wijze iets heeft gedaan of verklaard waaruit zou kunnen blijken dat zij niet bevoegd waren hem te vertegenwoordigen heeft de curator naar het oordeel van de rechtbank de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid van de managers opgewekt. De schuldeiser mocht op basis van de verklaringen van de managers ervan uitgaan dat slechts een aantal projecten zou worden afgemaakt en de rest niet. In die omstandigheden was

het niet nodig om op grond van art. 37 Fw aan de curatoren een termijn te stellen om duidelijkheid te geven of hij die al dan niet zou nakomen.¹⁰¹

WERKNEMERS

Met ingang van 1 januari 1999 is de regeling van de opzegtermijnen vereenvoudigd en is de leeftijd van de werknemer als mede maatgevend voor de opzegtermijn geschrapt. In art. XXI van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid is bepaald dat voor de werknemer die op 1 januari 1999 45 jaar of ouder was en voor wie toen een langere opzegtermijn gold dan die volgens de nieuwe regels, de oude termijn blijft gelden zolang de werknemer bij dezelfde werkgever in dienst blijft.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt dat art. XXI bij de door de curator in acht te nemen opzegtermijn moet worden betrokken.¹⁰² In art. 64 aanhef en onder b WW is opgenomen dat het recht op uitkering (...) het loon omvat over ten hoogste de voor de werknemer geldende termijn van opzegging (...), met dien verstande dat de krachtens art. 40 van de Fw ten aanzien van de werknemer geldende termijn, zowel in als buiten faillissement niet wordt overschreden. Het UWV meende dat, nu art. 64 WW geen expliciete verwijzing bevat naar art. XXI, haar overnemingsverplichting zich niet verder kan uitstrekken dan de in de art. 40 Fw genoemde maximumtermijn van zes weken.

De Centrale Raad van Beroep verwerpt dit standpunt. Er is geen grond aanwezig om bij een dergelijk inhoudelijk nauwe aansluiting van naar elkaar verwijzende bepalingen, de uitleg van een artikel in verschillende wetten af te laten hangen van de vraag in welke wet het betreffende artikel wordt aangehaald. Het UWV heeft derhalve de over te nemen betalingsverplichting van de werkgever ten onrechte op zes weken gemaximeerd. ●

98 HR 22 april 2005, JOR 2005/282 m.nt. Loesberg; Hof Den Haag 30 september 2003, JOR 2004/54 m.nt. Loesberg.

99 Voorzieningenrechter Rechtbank Arnhem, 22 oktober 2004, NJF 2005/65.

100 Hof Den Bosch 30 november 2004, NJF 2005/136.

101 Rechtbank 's-Hertogenbosch 28 december 2005, JOR 2006/137.

102 Centrale Raad van Beroep 27 april 2005, JOR 2005/284.