

Kroniek Insolventierecht 2003 (I)

Georg van Daal, Menno van Oostveen, Jeroen Rommes en Ilan Spinath*

In dit nummer deel I van de jaarlijkse kroniek Insoventierecht, met de in 2003 gepubliceerde jurisprudentie.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

Aandeelhoudersaansprakelijkheid
Actio Pauliana
Afkoelingsperiode
Beroep op en van rechter-commissaris
Bestuurdersaansprakelijkheid – Boek 2 BW
Bestuurdersaansprakelijkheid – Onrechtmatige daad
Bodemvoorrecht
Boedelomvang
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
Uitdelingslijst
Vennootschapsrechtelijke aspecten
Verificatie van vorderingen
Verrekening
Wederzijdse zekerhedenregeling
Werknemers

AANDEELHOUDERSAANSPRAKELIJKHEID

Art. 2:193 BW geeft de curator het recht volstorting van niet-volgestorte aandelen te vorderen. Dit is echter geen nieuw, eigen recht van de curator, maar regelt zijn beschikingsbevoegdheid over de vordering tot volstorting, welke vordering tot het vermogen van de vennootschap behoort. Die vordering is voor verjaring vatbaar en verjaart na verloop van vijf jaren. De verjaring wijzigt niet door het faillissement, en vangt gewoon aan op het moment waarop de volstorting voor de vennootschap opeisbaar is geworden.³

ACTIO PAULIANA

Een (toekomstig) failliet sloot vóór faillissement overeenkomsten waarbij handelsdebiteuren en overige activa zijn verkocht aan twee partijen. De koopprijs werd in beide gevallen voldaan door middel van verrekening. De curator riep met succes de pauliana in.⁴ Het verweer bestond voornamelijk uit de stelling dat de (mogelijke) benadeling niet uit de overeenkomst voortvloeide, maar uit de latere verrekening en cessieakten. De rechter oordeelde dat de curator de pauliana heeft ingeroepen voor de gehele inhoud van de overeenkomsten, de verrekeningen daaronder begrepen. Ook werd geoordeeld dat de vernietiging zich uitstrekt tot de cessies die als direct gevolg van de koopovereenkomsten hebben plaatsgevonden.

Andere curatoren vorderden met succes op grond van de pauliana én onrechtmatige daad de terugbetaling van een bedrag dat

vlak vóór faillissementsdatum was voldaan aan een interim-manager.⁵ De rechtbank stelde vast dat geen sprake was van een tijdelijke arbeidsovereenkomst. Nu geen andere grondslag voor de betaling werd aangevoerd, stond de onverplichtheid vast. Ondanks dat de interim-manager niet stond ingeschreven als bestuurder, werd hij wel geacht bestuurder te zijn geweest, zodat het wettelijk vermoeden van wetenschap intrad. De interim-manager en diens vennootschap werden hoofdelijk aansprakelijk gehouden.

Een volgende curator riep met succes de pauliana ex art. 47 Fw in nu vaststond dat de schuldeiser wist dat het faillissement was aangevraagd op de dag van voldoening van een vordering van de schuldeiser.⁶ Het expliciet ten gunste komen van deze gelden aan de specifieke schuldeiser bracht benadeling van de gezamenlijke schuldeisers met zich mee. De schuldeiser werd voldaan uit gelden

* De eerste drie auteurs zijn als advocaten werkzaam bij AKD Prinsen Van Wijmen te Utrecht, de vierde auteur is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te Amsterdam.



die door de moedermaatschappij aan de failliet ter beschikking waren gesteld. Het enkele feit dat een moedermaatschappij al dan niet verplicht gelden verstrekt teneinde de dochteronderneming in staat te stellen aan haar financiële verplichtingen te voldoen, brengt niet met zich dat deze gelden niet dienen te worden beschouwd als een vermogensbestanddeel van de dochteronderneming.

De Hoge Raad oordeelde in een andere zaak dat waar de bedrijfsvoering van zowel de ontvanger als de betaler van een geldbedrag vóór faillissement in dezelfde handen lag, aangenomen kon worden dat zowel de ontvanger als de betaler wetenschap had van de slechte situatie waarin de betaler verkeerde.⁷ Behoudens tegenbewijs kon worden aangenomen dat beide partijen de bedoeling hadden dat de ontvanger door de betalingen aan haar zou worden bevoordeeld ten nadele van de andere schuldeisers van de betaler.

De Rechtbank Amsterdam oordeelde dat het de Ontvanger vrij staat door beslag en executie voldoening van zijn vordering af te dwingen, ook al weet hij dat het faillissement van de schuldenaar reeds is aangevraagd en dat diens overige schuldeisers hierdoor worden benadeeld.⁸ Voor wat betreft – ten tijde van de faillietverklaring – voltooide tenuitvoerleggingen, is met het wettelijk stelsel niet verenigbaar dat de curator ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers met een beroep op de bepalingen van de Faillissementswet, waaronder begrepen art. 47 Fw, alsnog beslag- en executiehandelingen zou kunnen aantasten, die de toets van Rv, het gemene civiele recht en de

Leidraad Invordering 1990 (hebben) kunnen doorstaan.

Een reeks van drie uitspraken bewijst dat de weg na de buitengerechtelijke vernietiging van een overeenkomst moeizaam kan zijn. Op 31 januari en 12 februari 2003 vernietigde een curator een overeenkomst buitengerechtelijk. Bij vonnis in kort geding⁹ van 26 februari 2003 werd de curator onder een aantal lasten en voorwaarden bevolen te gehengen en te gedogen dat een overeenkomst gehandhaafd bleef. De Voorzieningenrechter meende dat de vernietiging waarschijnlijk geen stand zou houden in een bodemprocedure. Eén van de voorwaarden was dat de wederpartij de curator binnen één week moest dagvaarden voor de bodemrechter die bevoegd was te oordelen over de vernietiging van de overeenkomst. Op 25 juni 2003 oordeelde de bodemrechter dat de overeenkomst toch rechtsgeldig vernietigd was.¹⁰ Op grond van deze beslissing vorderde de curator vervolgens in kort geding¹¹ ongedaanmaking, althans vergoeding. De wederpartij verweerde zich door te stellen dat het kort gedingvonnis van 26 februari 2003 bleef gelden totdat in de bodemprocedure onherroepelijk was beslist en subsidiair dat nieuwe feiten en omstandigheden waren gebleken die meebrachten dat in appèl de vernietiging van de overeenkomst door de curator geen stand zou houden. De Voorzieningenrechter wees de vorderingen van de curator toe, nu de overeenkomst wás vernietigd. Het feit dat het desbetreffende bodemvonnis (nog) niet onherroepelijk was, stond hieraan niet in de weg.

AFKOELINGSPERIODE

Wegens grote huurachterstand werd een huurovereenkomst ontbonden, waarna schuldsanering met afkoelingsperiode werd uitgesproken. De verhuurder wenste ondanks de afkoelingsperiode de executie voort te zetten door ontruiming van de huurwoning. Hoewel er in de kleine eilandgemeenschap waar een en ander speelde een grote schaarste aan huurwoningen was, wees de Voorzieningenrechter de vordering van de bewindvoerder toe dat er tijdens de afkoelingsperiode niet mocht worden ontruimd.¹²

AKKOORD: zie Surseance

BEROEP OP EN VAN RECHTER-COMMISSARIS

(art. 67 en 69 Fw) (zie ook Werknemers) Over het algemeen genomen worden er betrekkelijk weinig uitspraken gepubliceerd betreffende een beroep op of tegen de rechter-commissaris. In 2003 lag dat anders, ook door het thans mogelijke beroep door werknemers op het nieuwe art. 67 lid 2 Fw. Voor uitspraken naar aanleiding daarvan wordt verwezen naar hetgeen onder ‘Werknemers’ is gesteld.

In de procedure die leidde tot de vonnissen van de Rechtbank Breda van 25 april 2003¹³ was de voormalig bestuurder van de failliet door de curator aansprakelijk gesteld ex art. 2:248 BW. De bestuurder stelde dat hij uit hoofde van die aansprakelijkheid een voorwaardelijk regresrecht had op de boedel, daarom als schuldeiser in de zin van art. 69 en 73 Fw diende te worden aangemerkt en dus ontvankelijk was in zijn beroep bij de rechter-commissaris. Het voorwaardelijke regresrecht betrof de situatie waarin hij tot betaling zou worden gehouden aan de boedel van de schulden in het faillissement voorzover die niet door de aanwezige baten zouden kunnen worden voldaan. Daarnaast had de persoonlijke holding van de bestuurder een vordering voldaan terzake een hoofdelijke aansprakelijkheid jegens de bank. De bestuurder beriep zich erop als enig bestuurder en aandeelhouder van deze holding eveneens een recht ex art. 69 en 73 Fw te hebben. De rechter-commissaris wees beide verzoeken af. Hij stelde dat de bestuurder



niet kan worden gezien als voorwaardelijk schuldeiser in de zin van de art. 69 en 73 Fw. Voorzover de bestuurder gebruikmaakte van de schuldpositie van zijn eigen holding merkte de rechter-commissaris op dat die laatste haar positie als schuldeiser misbruikte en slechts haar bevoegdheid schuldeiser in de zin van art. 69 en 73 Fw uitoefende met het doel door middel van lastgeving aan de bestuurder een rechtsingang te creëren die haar krachtens de wet niet toekwam. Het oordeel werd in hoger beroep door de rechtbank gedeeld.

De Rechtbank 's-Hertogenbosch¹⁴ mocht een oordeel vellen over een art. 69 Fw-verzoek tot intrekking van de eerder gegeven machtiging, dan wel verbod aan de curator

om gevolg te geven aan de verkoopovereenkomst van activa aan een derde. De rechter-commissaris besliste dat hij niet geen gevolg aan de verzoeken zou geven. Daarop stelde de gegadigde hoger beroep in bij de rechtbank. Deze oordeelde dat intrekking van de machtiging niet mogelijk was en dat dit overigens niet zou leiden tot aantasting van de koopovereenkomst. Voor wat betreft het verzoek om de curator te bevelen om de overeenkomst niet na te komen werd een dergelijk verzoek in strijd geacht met de eisen van redelijkheid en billijkheid die partijen bij die overeenkomst in acht hadden te nemen. De verkrijger mocht erop vertrouwen dat de met haar gesloten, door de rechter-commissaris goedgekeurde overeenkomst zou worden nagekomen.

De Hoge Raad moest er aan te pas komen om een zeer vasthoudende schuldeiser, tevens failliet, uiteindelijk een halt toe te roepen.¹⁵ De verzoeker wenste zowel voor hemzelf in zijn faillissement als in het faillissement van zijn vennootschap, door middel van een bevel ex art. 69 Fw te voorkomen dat een wederpartij in een tweetal door hem ingestelde procedures op de voet van art. 27 Fw ontslag van instantie zou vragen. In eerste instantie werd de rechters-commissaris in beide faillissementen verzocht om de curator geen toestemming te geven in een aantal procedures ontslag van instantie te vragen respectievelijk hem te bevelen dit na te laten zolang het faillissement zou voortduren. Daarbij beriep de failliet zich onder meer op zijn recht op een eerlijk proces ex art. 6 EVRM. De verzoeken werden tot in hoger beroep afgewezen, waarna de Hoge Raad er aan te pas kwam. In zijn uitgebreide noot gaat A-G Timmerman in op de belangen van de schuldeisers die art. 69 Fw beoogt te beschermen. Timmerman komt daarbij tot de conclusie dat persoonlijk belang van de failliet bij voortzetting van de procedures niet wordt gezien als een belang tot bescherming waarvan art. 69 Fw dient. Voor wat betreft het beroep op art. 6 EVRM is de A-G helder: de failliet heeft voldoende mogelijkheden om direct of indirect – zoals al blijkt uit alle procedures – gehoord te worden, zodat aan zijn recht op een eerlijke procesgang ruimschoots tegemoet wordt gekomen.

De conclusie van de A-G tot verwerping van het beroep wordt door de Hoge Raad gevolgd met een beroep op art. 81 RO.

De beslissing van een rechter-commissaris om één van de voormalige accountants van de failliete vennootschap als getuige onder ede te horen, zulks op grond van art. 66 lid 1 Fw, is niet een voor beroep vatbare beslissing ex art. 67 Fw. Dat leert ons een uitspraak van de Rechtbank Haarlem, die is gepubliceerd in de *TvI Nieuwsbrief*.¹⁶

Het beroep dat een boedelcrediteur deed op art. 69 Fw werd door de Rechtbank Amsterdam¹⁷ toegewezen. Volgens de rechtbank verzet de wettekst zich er niet tegen onder de betekenis van art. 69 Fw mede te verstaan degene die in de loop van het faillissement boedelcrediteur wordt. De situatie dat voor de boedelcrediteuren geen vooruitzicht bestaat op volledige betaling was geen reden om de mogelijkheid van art. 69 Fw aan die boedelcrediteur te onthouden. Deze uitspraak is in strijd met de heersende leer (zie onder andere de conclusie van Timmerman onder 4.5. bij het hiervoor besproken arrest van de Hoge Raad van 5 september 2003).

BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID – BOEK 2 BW

In zijn arrest van 4 april 2003¹⁸ mocht de Hoge Raad zich buigen over de gevolgen van een uitspraak in een enquêteprocedure voor bestuurdersaansprakelijkheid in de zin van art. 2:9 BW. Daaruit bleek dat het eerste voor het tweede niet van doorslaggevend belang is. Zelfs als namelijk de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure wanbeleid in de zin van art. 2:355 BW heeft vastgesteld en de kosten van onderzoek ten laste van de bestuurder heeft gebracht omdat hem terzake verwijten treffen, dan nog betekent dat niet dat de bestuurder in de zin van art. 2:9 BW aansprakelijk is jegens de vennootschap. Daarvoor zal zelfstandig moeten worden aangetoond dat die bestuurder een ernstig verwijt betreft terzake zijn functioneren in de zin van het Staleman/Van de Ven-arrest.¹⁹

De vraag of aandelen rechtsgeldig zijn volgestort en dientengevolge of de bestuurder wellicht wegens niet-volstorting aansprakelijk blijft voor de rechtshandelingen

maar dat is het
gironummer van
je dochters zilvervloot
op 's factuur!



dat weten mijn klanten
toch niet?



van de vennootschap blijft ingewikkelde materie. Dat blijkt uit een arrest van de Hoge Raad van 11 juli 2003.²⁰ Een B.V. i.o. verrichtte werkzaamheden voor een derde, die daarvoor betaalde op de rekening van die B.V. i.o. Bij de oprichting van de B.V. bepaalde de oprichter, enig bestuurder en enig aandeelhouder, dat van dat banksaldo een bedrag ter grootte van het minimumkapitaal als storting op de aandelen had te gelden. Ná oprichting bekrachtigde de B.V. hetgeen vóór oprichting door de B.V. i.o. was verricht, waardoor de opbrengsten van de werkzaamheden vóór oprichting dus aan de B.V. toekwamen. De B.V. faillieerde spoedig en vier jaar na faillissement (!) vorderde de curator volstorting van de aandelen en betaling door de bestuurder van – kortweg – het faillissementstekort. De bestuurder zou bij gebrek aan volstorting immers aansprakelijk zijn op grond van art. 2:180 BW voor alle schulden van de B.V. De rechtbank volgde de curator, maar het hof constateerde dat er wél was volgestort. Dat oordeel werd gecasseerd door de Hoge Raad. Gegeven de bekrachtiging achteraf was de omzet van de B.V. i.o. die van de B.V. geworden en had de oprichter dus niet overeenkomstig art. 2:178 lid 2 BW uiterlijk bij oprichting het minimumkapitaal daadwerkelijk aan de B.V. ter beschikking gesteld. Ook als de handelwijze gegeven de bekrachtiging als onttrekking aan het vermogen van de B.V. moet worden beschouwd, waardoor de oprichter het betreffende bedrag ten titel van lening aan de B.V. schuldig werd, is geen sprake van rechtsgeldige volstorting, nu ook dan niet uiterlijk bij oprichting aan de volstortingsplicht is voldaan. De bestuurders-

aansprakelijkheid in de zin van art. 2:180 BW blijft daarmee een gegeven. Wat in deze uitspraak opvalt is dat in geen van de instanties aandacht werd geschonken aan het feit dat de vordering ex art. 2:180 BW slechts aan de individuele schuldeisers toekomt en niet aan de curator. Wellicht dat daar in het kader van de procedure na verwijzing aandacht aan zal worden geschonken.

Over de door velen als draconisch ervaren regeling van art. 2:248 BW wees de Hoge Raad slechts één in 2003 gepubliceerd arrest.²¹ Daarin werd beslist dat samenloop van een vordering van de curator uit hoofde van art. 2:248 BW tegen een bestuurder met een individuele vordering op hem van een schuldeiser mogelijk is. Art. 2:248 BW is weliswaar een verbijzondering van de onrechtmatige daad, maar met deze bijzondere aansprakelijkheidsregeling is niet beoogd de werking van art. 6:162 BW uit te sluiten. Het spiegelbeeld van deze materie kwam aan de orde bij de Rechtbank Utrecht.²² De rechtbank bepaalde dat zelfs als een bestuurder in de zin van art. 2:248 BW aansprakelijk is voor het faillissementstekort, pas sprake is van een onrechtmatige daad jegens een individuele crediteur als ook specifiek die crediteur beschermende normen zijn geschonden. Ook als de curator van de vordering uit hoofde van art. 2:248 BW afziet of deze voor een gering bedrag afschikt, ligt dit niet anders.

De Rechtbank Utrecht boog zich nog twee andere malen over art. 2:248 BW. Uit zijn uitspraak van 5 maart 2003²³ blijkt dat ook voordat ter verificatievergadering de schuldpositie van de failliet – voorzover mogelijk – wordt vastgesteld, een vordering in de zin

van art. 2:248 BW tegen een bestuurder al kan worden toegewezen. Dit kan voorzover de omvang van de schulden tussen partijen vaststaat, en duidelijk is dat en in hoeverre deze uit de gerealiseerde of te realiseren baten niet kunnen worden voldaan. Op 21 mei 2003 boog de Rechtbank Utrecht zich over een publicatiegebrek.²⁴ In deze casus waren de gepubliceerde jaarstukken tijdig gedeponerd. Zij vermeldden echter niet de datum waarop de algemene vergadering van aandeelhouders deze had vastgesteld, noch was er een vermelding opgenomen dat ze – eventueel – nog niet waren vastgesteld. Daarmee voldeden de stukken niet aan de eisen van art. 2:394 BW, terwijl dit niet als een onbelangrijk verzuim kan worden beschouwd.

De Rechtbank Alkmaar bepaalde dat inbeslagname van de boekhouding door de FIOD geen disculpatiegrond oplevert voor het niet-tijdig publiceren van (voorlopige) jaarstukken. Dit risico valt namelijk in de risicosfeer van het bestuur.²⁵

Indien een bestuurder wegens aansprakelijkheid in de zin van art. 2:248 BW het faillissementstekort heeft aangevuld, ontstaat daardoor géén regresrecht. De aansprakelijk gestelde bestuurder kan dus ook in het kader van de afwikkeling van het faillissement niet worden beschouwd als voorwaardelijk schuldeiser²⁶ (zie verder ook onder 'Rechter-commissaris').

Een zeldzaam geval kwam aan de orde bij het Hof Arnhem,²⁷ te weten de bestuurdersaansprakelijkheidspauliana in de zin van art. 2:248 lid 9 BW. Curatoren kunnen rechtshandelingen van aansprakelijke bestuurders vernietigen, indien aannemelijk is dat deze – nagenoeg – geheel zijn verricht om verhaal te bemoeilijken. Wetenschap van benadeling is hierbij geen vereiste. In casu had de bestuurder zijn woonhuis vervreemd, en werd deze vervreemding met succes aangetaast. De koper was géén derde te goeder trouw, omdat uit de wetsgeschiedenis bij art. 2:249 lid 9 BW duidelijk blijkt dat de partij met wie de bestuurder handelde – per definitie wederpartij in de paulianaprocedure – nimmer als derde kan worden aangemerkt.

BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID – ONRECHTMATIGE DAAD

In een arrest van 13 december 2002²⁸ kwam een uit hoofde van onrechtmatige daad aangesproken bestuurder tevergeefs in cassatie op. Hij had zich, alvorens in cassatie te gaan, moeten realiseren dat hij ofwel gebeten zou worden door de kat van de Beklamel-norm (wetenschap van betalingsonmogelijkheid)²⁹ of door de hond van de verwijtbare betalingsonwil.³⁰ De bestuurder bepleitte namelijk dat ten tijde van het aangaan van de overeenkomst geen aanleiding bestond te veronderstellen dat betaling onmogelijk was, wat het hof er mede toe bracht hem wegens betalingsonwil te veroordelen. Hij had immers verzuimd de wél bestaande mogelijkheden van kredietverruiming te gebruiken. Die verruiming was meer de mogelijkheid van het concern – dus van de andere concernvennootschappen – dan die van de gefailleerde vennootschap alleen. Echter, als de bestuurder dat laatste had bepleit, dan was weer de duivel uit het doosje gekomen van de voorzienbare onmogelijkheid van betaling door die zelfstandige concernvennootschap. Soms komen bestuurders dus niet tussen de wal en het schip van de aansprakelijkheid uit.

In een andere zaak³¹ probeerde het hof een nieuwe loot te laten groeien aan de stam van de bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Er stond vast dat van verwijtbare voorwetenschap van onmogelijkheid van betaling geen sprake was. Evenmin was er sprake van betalingsonwil. Daarbuiten bestond nog de mogelijkheid dat aansprakelijkheid van de bestuurder kon worden aangenomen, indien hem een voldoende ernstig verwijt zou treffen dat hij de vennootschap een overeenkomst bewust niet had laten nakomen. Ook daarvan kon in casu volgens de Hoge Raad geen sprake zijn. De bestuurder had zijn vennootschap met een lening van een derde een melkquotum laten kopen, waarmee bepaalde plannen samen met die derde zouden worden verwezenlijkt. Het lukte echter niet en het melkquotum werd teruggekocht. Het voor terugverkoop overeengekomen bedrag kwam weer toe aan de vennootschap, die daarna voor de oorspronkelijke lening van de derde deels geen



verhaal bood. Door de terugverkoopprijs in de vennootschap te laten vloeien, zou de bestuurder volgens het hof onrechtmatig hebben gehandeld. Dat is volgens de Hoge Raad echter onvoldoende verwijtbaar, zeker nu geheel onduidelijk was hoe de bestuurder op rechtens houdbare wijze de terugverkoopopbrengst níét in zijn vennootschap had kunnen laten vallen.

BODEMVOORRECHT (zie ook Separatisten) Het bodem(voor)recht is in de door ons bestreken jurisprudentie slechts éénmaal aan bod gekomen.³² In deze zaak was een bodemverhuurconstructie toegepast waarbij tevens de stil verpande bedrijfsmiddelen in vuistpand waren achtergelaten op de bodem van de bank als onderhuurder. De curator trof bij faillissement een letterlijk dichtgespijkerd pand aan. Hij vorderde in kort geding onmiddellijke vrije toegang tot het (voormalige) bedrijfspand en vrije beschikking over de zich in het pand bevindende bedrijfsmiddelen. Hij baseerde zich daarbij onder andere op onrechtmatig handelen van de bank, doordat zij vanuit de enige wens het bodemvoorrecht van de fiscus te frustreren de vennootschappen had gedwongen haar bedrijfsuitoefening onmiddellijk stil te leggen, waardoor er geen omzet meer kon worden behaald. De Voorzieningenrechter oordeelde – in de lijn van de heersende leer – dat de bodemverhuurconstructie niet onrechtmatig was. De bank had een eigen recht om haar vorderingen zoveel als mogelijk te secureren. Dat was alleen onrechtmatig geweest indien de bank daarbij kennelijk alleen het oogmerk had om het bodemvoorrecht te frustreren. Daarvan leek, gezien de vorderingen van de bank, geen sprake te zijn.

BOEDELOMVANG

In een arrest van 13 juni 2003, bekend als het Procall-arrest,³³ heeft de Hoge Raad de werking van het Slis/Stroom-arrest ingedamd. In het Slis/Stroom-arrest³⁴ heeft de Hoge Raad de mogelijkheid opengelaten voor een bijzondere kwaliteitsrekening waarvan het saldo buiten het vermogen van de rekeninghouder blijft. De wetgever heeft hier op voortgebouwd door in de art. 25 Wet op het notarisambt en 19 Gerechtsdeurwaarderswet algemene kwaliteitsrekeningen in het leven te roepen voor notarissen en gerechtsdeurwaarders, uitsluitend bestemd voor het deponeren van gelden voor derden. Die gezamenlijke derden zijn dan rechthebbenden op het saldo, het recht daarop wordt namens hen uitgeoefend door de betrokken notaris of deurwaarder. Het hoofdbeginsel blijft echter art. 3:276 BW, namelijk dat een schuldenaar in beginsel met zijn gehele vermogen instaat voor zijn schulden tegenover al zijn schuldeisers. Behoudens afwijkende overeenkomst kan daar slechts op grond van een wettelijk vastgelegde regeling van worden afgeweken. Gezien de rechtszekerheid en de belangen van het financieringsverkeer moet terughoudendheid worden betracht bij het afwijken van deze hoofdbeginselen. De wettelijke uitzonderingen zijn dus de notariële en de gerechtsdeurwaardelijke kwaliteitsrekeningen, welke uitzonderingen worden gerechtvaardigd door de bescherming van het publiek, dat erop mag vertrouwen dat aan notarissen en deurwaarders toevertrouwde gelden buiten het vermogen van die functionarissen blijft. Ook kwaliteitsrekeningen van advocaten en accountants voor door hen ontvangen derdengelden zijn, als passend binnen het stelsel van de wet en aan-



sluitend bij de wel in de wet geregelde gevallen, mogelijk. Een 'inzake-rekening' van een factuureer- en incassobureau, waarop alleen betalingen worden ontvangen van debiteuren van één cliënt van dat bureau, is in het licht van het voorgaande géén kwaliteitsrekening.

In een arrest van 10 oktober 2003 borduurde het Hof 's-Hertogenbosch³⁵ voort op de lijn van de Hoge Raad. In dit arrest werd bepaald dat gegeven het groot aantal verschijningsvormen van factoring voor de gevolgen daarvan in elk individueel geval naar de concrete invulling van de factorrelatie moet worden gekeken. Ook al zijn vorderingen van een partij niet verpand of geceedeerd aan een financier, betaling van deze vorderingen op een rekening die de financier aanhoudt vallen in diens vermogen, zelfs al heeft die financier aan de naam van de rekening toegevoegd 'inzake partij X'. Tenaamstelling van een rekening is niet van doorslaggevende betekenis. Rekeninghouder is degene die tegenover de bank gerechtigd is op het saldo, ook al kan jegens die rekeninghouder een derde uiteindelijk aanspraak maken op betaling van de gelden die het saldo tot stand hebben gebracht.

CURATOR (zie ook Huur)

De Rechtbank Alkmaar³⁶ meende dat de persoonlijke aansprakelijkheid van een bewindvoerder uit hoofde van onrechtmatige daad moet worden beoordeeld aan de hand van de maatstaf die in de rechtspraak is ontwikkeld voor de persoonlijke aansprakelijkheid van curatoren.³⁷ Een bewindvoerder kan dus slechts persoonlijk aansprakelijk zijn indien hij niet heeft gehandeld zoals in redelijkheid mag worden verwacht van een over voldoende inzicht en ervaring beschikende bewindvoerder die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. In casu werd vastgesteld dat de bewindvoerder de zorgvuldigheidsnorm had geschonden maar dat het causaal verband tussen het schenden van diens zorgvuldigheidsnorm en schade ontbrak. Hof 's-Hertogenbosch is evenzeer van mening dat de zorgvuldigheidsnorm voor curatoren ook geldt voor bewindvoerders.³⁸ Hier betrof het een bewindvoerder die een betalingstoezegging had gedaan aan een crediteur. Het hof kwam tot de conclusie dat het te ver gaat om steeds wanneer een curator of bewindvoerder in deze hoedanigheid betaling toezegt daaruit, naast een gebondenheid van de boedel, ook een per-

soonlijke gebondenheid van de curator of bewindvoerder af te leiden. De desbetreffende bewindvoerder had gegeven de omstandigheden niet onzorgvuldig gehandeld door voormelde – uiteindelijk loze – toezegging te doen.

Een curator had acht dagen na het uitspreken van het faillissement een softwarepakket verkocht.³⁹ Later werd gesteld dat dit pakket meer had kunnen opleveren. Ook hier werd aansluiting gezocht bij de zorgvuldigheidsnorm die in de jurisprudentie is neergelegd voor curatoren. De curator had de zorgvuldigheidsnorm niet geschonden. Aan de omstandigheden van het geval had de curator in redelijkheid de betekenis kunnen toekennen dat een snelle verkoop tegen de door hem gerealiseerde prijs in het belang van de gezamenlijke schuldeisers was, zodat hem geen blaam trof.

Een curator die ondanks het onmiskenbare karakter van de onverschuldigdheid van een betaling aan de boedel het – omvangrijke – bedrag behoudt en aanstonds voor diens eigen salaris en kosten aan zichzelf in privé uitbetaalt, terwijl de boedel vervolgens voorzienbaar niet meer tot (terug)betaling in staat is, verrijkt zichzelf en handelt, mede daarom ook persoonlijk, in strijd met de maatschappelijk betamelijke zorgvuldigheid en is dus privé aansprakelijk.⁴⁰

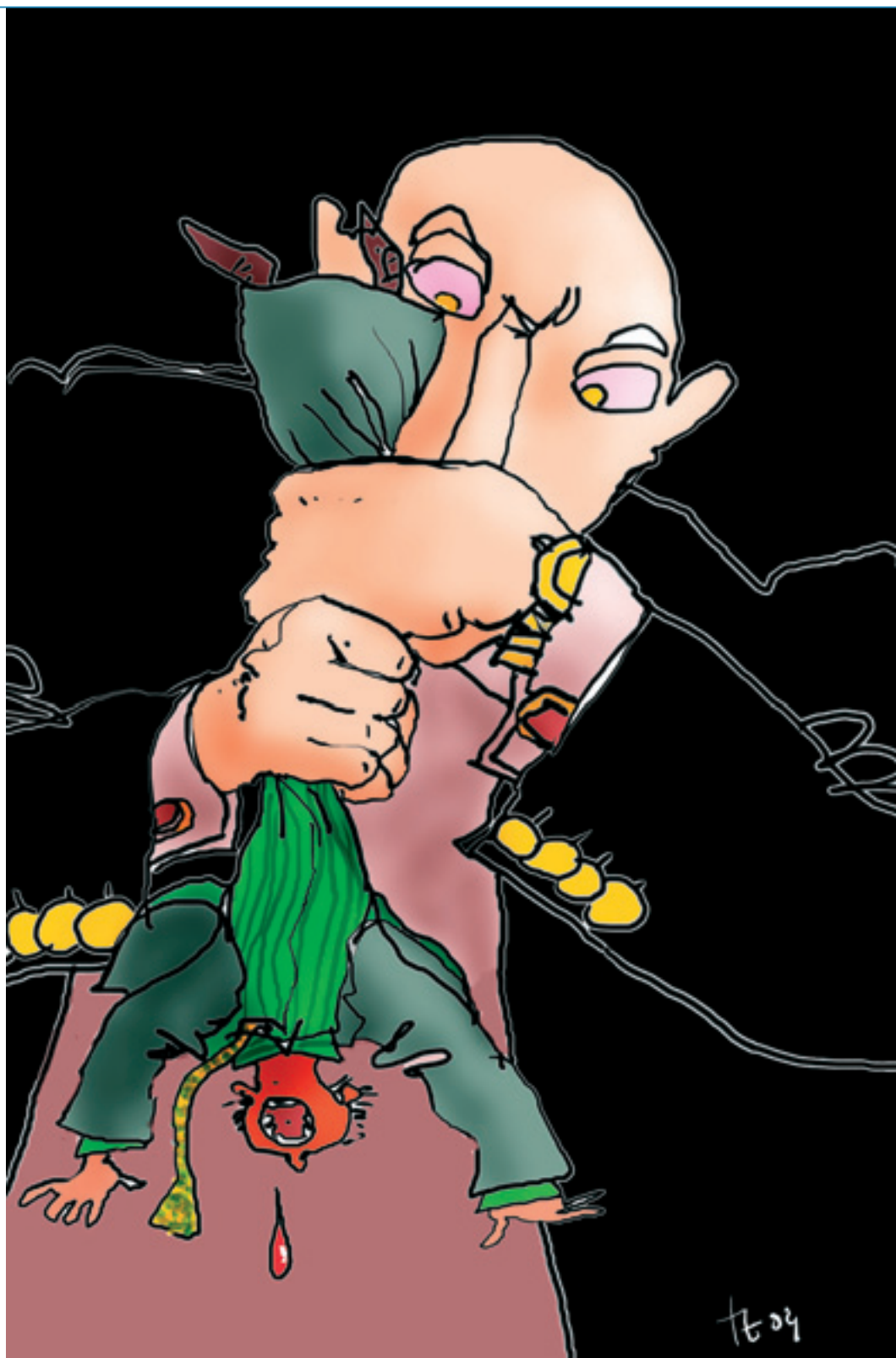
Ex art. 183 Fw en 3:37 lid 3 BW heeft een curator de verplichting erkende schuldeisers schriftelijk in kennis te stellen van de nederlegging van de uitdelingslijst én ervoor te zorgen dat de kennisgeving de schuldeisers ook bereikt. Rechtbank Arnhem bepaalde dat de curator pro se aansprakelijk was indien de bank kon bewijzen dat een dergelijke kennisgeving haar niet had bereikt.⁴¹ Op grond van eigen schuld van de bank werd de vergoedingsplicht van de curator vermindert tot 20% van het gevorderde bedrag als kwam vast te staan dat de curator aansprakelijk was. Alle kennisgevingen met een redelijk belang dient de curator dus bij voorkeur aangetekend te verzenden.

De Hoge Raad heeft het oordeel van het hof in stand gelaten dat het advocatenkantoor, een advocaten B.V., voor wie de curator werkzaamheden verrichtte via zijn management-B.V. niet (mede)aansprakelijk kon wor-

den gehouden voor schade uit onrechtmatige daad.⁴² In hoger beroep was uitsluitend nog aan de orde of het advocatenkantoor naast de curator aansprakelijk was op grond van art 6:170 BW of 6:171 BW. Met betrekking tot de positie van de curator werd uitgebreid gemotiveerd dat hij bij zijn taakvervulling niet optreedt als beoefenaar van het beroep van advocaat, maar dat hij door de rechtbank wordt benoemd en dat de controle, salariering, rekening en verantwoording en waarborgen en dergelijke alle door de rechtbank en/of de rechter-commissaris geschieden. In dit licht en gegeven hetgeen in casu was vastgesteld omtrent de verhouding tussen het advocatenkantoor en de curator heeft het hof terecht geoordeeld dat het advocatenkantoor niet (mede)aansprakelijk is voor het onrechtmatige handelen van de curator.

Naast de aansprakelijkstelling van een curator of bewindvoerder zijn ook andere onderwerpen omtrent het handelen van de curator in de jurisprudentie naar voren gekomen. Op 1 januari 2002 is art. 3:15j BW in werking getreden, waarbij crediteuren onder omstandigheden openlegging van de boekhouding van failliet van de curator kunnen vorderen. Dit art. zal waarschijnlijk de komende jaren het nodige stof doen opwaaien⁴³. Reeds in 2003 is de eerste uitspraak rond dit artikel gepubliceerd.⁴⁴ De Voorzieningenrechter oordeelde dat de crediteuren in casu geen rechtstreeks en voldoende belang hadden om van de curator openlegging van de boekhouding te vorderen. De Voorzieningenrechter vond dat de vorderingen in belangrijke mate beoogden het beheer van het vermogen door de curator te controleren. De Voorzieningenrechter oordeelde dat hiertoe andere regelingen in de Faillissementswet zijn opgenomen.⁴⁵

Een faillissementscurator is als vertegenwoordiger van de gezamenlijke schuldeisers bevoegd voor de belangen van die schuldeisers in rechte op te komen. Daarvoor is geen bijzondere volmacht nodig. De curator is volgens de Hoge Raad dus bevoegd zich ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers als benadeelde partij in een strafgeding te voegen,⁴⁶ welke lijn de Rechtbank Maastricht volgde.⁴⁷



ENQUÊTE

Het faillissement van een moederverenootschap doet niet af aan haar bevoegdheid een enquête in haar dochterverenootschappen te verzoeken, evenmin als de omstandigheid dat ook de curator bevoegd is tot het doen van een dergelijk verzoek, aldus de OK.⁴⁸

FAILLIETVERKLARING

Een failliet stelde het rechtsmiddel van verzet in tegen diens faillietverklaring.⁴⁹ Hij had weliswaar twee schriftelijke verweren ingediend tegen het faillissementsrekest, maar de rechtbank oordeelde dat dergelijke verweerschriften niet gelden als gehoord

worden in de zin van art. 8 Fw. Dus was het juiste rechtsmiddel ingesteld. Het faillissement werd vernietigd, aangezien voldoende was gebleken dat verzoeker niet (langer) verkeerde in de toestand dat hij was opgehouden te betalen.

Een schuldeiser die niet het faillissement heeft verzocht dan wel als belanghebbende verzet heeft aangetekend tegen de faillietverklaring die in hoger beroep door het hof was uitgesproken, moet alvorens cassatieberoep in te stellen eerst bij het hof verzet aantekenen.⁵⁰

Ook in het faillissementsrecht moet soms de rechtsmacht tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter worden afgebakend.⁵¹ De Pensioen- en Verzekeringskamer ('PVK') verzocht de burgerlijke rechter een verzekeringsbedrijf failliet te verklaren. Het verzekeringsbedrijf verweerde zich op het snijvlak van bestuursrecht en burgerlijk recht, met de stelling dat alvorens faillissement conform de Wet Toezicht Verzekeringsbedrijf kon

worden uitgesproken met inachtneming van de geheel eigen faillissementsnormen van die wet, de faillissementsrechter diverse oordelen van de bestuursrechter moest afwachten. Hof Arnhem en de Hoge Raad hebben geoordeeld dat de PVK ontvankelijk was in zijn verzoek en dat de faillissementsrechter bij het failliet verklaren van een verzekeringsbedrijf geenszins verplicht was om een (onherroepelijke) uitspraak van de bestuursrechter af te wachten. Doel en strekking van art. 169 Wtv is nu juist dat de PVK zo nodig tijdig kan ingrijpen en dat met spoed kan worden beslist over een verzoek tot faillietverklaring.

De Hoge Raad is teruggekomen op het standpunt dat een commanditaire vennootschap met slechts één beherend vennoot geen van het privé-vermogen van de beherend vennoot afgescheiden vermogen kent.⁵² Dus dienen voortaan in voorkomend geval de beherend vennoot én de commanditaire vennootschap failliet te worden ver-

klaard. Daarop voortbordurend oordeelde de Rechtbank Zwolle dat faillissementsvonnissen van enig beherend vennoten van vóór de datum van bovengenoemd arrest dienen te worden opgevat als mede omvattend de faillietverklaring van de CV.⁵³

Een schuldeiser vroeg het faillissement van zijn schuldenaar aan. De rechtbank wees de aanvraag af, waarna de aanvrager in hoger beroep ging en het faillissement alsnog werd uitgesproken. De bestuurder van de failliet stelde hiertegen beroep in cassatie in, zonder succes. De Hoge Raad oordeelde namelijk dat uit art. 10, 11 en 12 Fw volgt dat de bestuurder, als schuldeiser die het faillissement niet had aangevraagd dan wel als belanghebbende, eerst verzet bij het hof had moeten doen. De bestuurder werd dan ook niet-ontvankelijk verklaard.⁵⁴

NOTEN

- 1 Zoals gepubliceerd in *Rechtspraak van de Week* (RvdW), *Nederlandse Jurisprudentie* (NJ), *Nederlandse Jurisprudentie, feitenrechtspraak civiele zaken* (Feitenrechtspraak), *Jurisprudentie Ondernemingsrecht* (JOR) en *Kort Geding* (KG), de alsmede in de rubriek *Ongepubliceerde Jurisprudentie* in de in het *Tijdschrift voor Insolventierecht* (Tvl) opgenomen *Insolad Nieuwsbrief* (Nieuwsbrief Tvl). Voorzover uitspraken in 2003 zowel in RvdW en NJ zijn verschenen, is alleen de NJ-vindplaats vermeld. Voorzover uitspraken in 2003 zowel in JOR als enig ander tijdschrift zijn opgenomen, is er naar gestreefd steeds beide vindplaatsen te vermelden. Uitspraken die in 2002 in de RvdW zijn gepubliceerd, en in 2003 in enig ander tijdschrift, worden hier niet meer besproken als ze al zijn besproken in de *Kroniek Insolventierecht* 2002, *Advocatenblad* 2003/14, blz. 601 e.v., en *Advocatenblad* 2003/16, blz. 702 e.v. Deze *Kroniek* is de eigen selectie door de auteurs uit de jurisprudentie, zonder de pretentie van volledigheid. Voor de gepubliceerde rechtsgeleerde literatuur op dit gebied verwijzen wij naar de overzichten die daarvan regelmatig verschijnen in het Tvl.
- 2 Zie hiervoor de jurisprudentie overzichten die twee maandelijks verschijnen in het tijdschrift *SchuldSanering*. Zie hiervoor verder ook de website www.rvr.org
- 3 HR 17 oktober 2003, RvdW 2003, 162.
- 4 Rechtbank Almelo 16 oktober 2002, JOR 2003, 44.
- 5 Rechtbank Haarlem 24 december 2002, *Nieuwsbrief Tvl* 2003, 2.
- 6 Rechtbank Utrecht 13 augustus 2003, JOR 2003, 293.
- 7 HR 7 maart 2003, NJ 2003, 429.

- 8 Rechtbank Amsterdam 5 februari 2003, JOR 2003, 124.
- 9 Voorzieningenrechter Rechtbank Arnhem 6 februari 2003, JOR 153.
- 10 Rechtbank Arnhem 25 juni 2003, JOR 218.
- 11 Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage 7 juli 2003, KG 2003, 169.
- 12 Voorzieningenrechter Rechtbank Leeuwarden, 10 oktober 2003, KG 2003, 263.
- 13 JOR 2003, 216 en 217.
- 14 Rechtbank 's-Hertogenbosch 9 april 2003, JOR 2003, 212.
- 15 Hoge Raad 5 september 2003, JOR 2003, 289.
- 16 Rechtbank Haarlem 8 april 2003, Tvl 2003/3 – Nieuwsbrief, p. 28.
- 17 23 augustus 2003, Tvl 2003/6 – Nieuwsbrief p. 63.
- 18 JOR 2003, 134; NJ 2003, 538.
- 19 HR 10 januari 1997, JOR 1997, 29.
- 20 NJ 2003, 630.
- 21 HR 5 september 2003, JOR 2003, 226.
- 22 Rechtbank Utrecht 9 oktober 2002, JOR 2003, 20.
- 23 JOR 2003, 99.
- 24 JOR 2003, 229.
- 25 Rechtbank Alkmaar 27 augustus 2003, JOR 2003, 230.
- 26 Rechtbank Breda 4 juli 2003, JOR 2003, 217.
- 27 Gerechtshof Arnhem 9 september 2003, *Feitenrechtspraak* 2003, 61.
- 28 HR 13 december 2002, JOR 2003, 55.
- 29 Zie bijvoorbeeld HR 18 februari 2000, JOR 2000, 56.
- 30 De Van Waning/Van der Vliet-norm, NJ 1992, 411.
- 31 HR 6 juli 2003, JOR 2003, 162; NJ 2003, 563.
- 32 Voorzieningenrechter in de Rechtbank Haarlem 26 augustus 2003, JOR 2003, 272.

- 33 RvdW 2003, 108; JOR 2003, 209.
- 34 HR 3 februari 1984, NJ 1984, 752.
- 35 JOR 2003, 21.
- 36 Rechtbank Alkmaar 19 februari 2003, JOR 126.
- 37 Maclou-arrest, HR 19 april 1996, NJ 1996, 727.
- 38 Hof 's-Hertogenbosch 10 februari 2003, JOR 2003, 152.
- 39 Rechtbank Utrecht 2 juli 2003, JOR 2003, 273.
- 40 HR 26 november 2002, NJ 2003, 513.
- 41 Rechtbank Arnhem 28 mei 2003, JOR 2003, 242.
- 42 HR 10 januari 2003, NJ 2003, 196, RvdW 2003, 11, JOR 2003, 51.
- 43 Zie in dit verband verder Georg van Daal 'Van overlegging tot openlegging: art. 3:15b BW een Doos van Pandora?' Tvl 2003, 4.
- 44 Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam 7 augustus 2003, KG 2003, 193, NJ *Feitenrechtspraak* 2003, 15.
- 45 In hoger beroep is de uitspraak in stand gebleven, waarover in de *Kroniek* 2004 volgend jaar meer.
- 46 HR 15 april 2003, NJ 2003, 377.
- 47 Rechtbank Maastricht 15 juli 2003, JOR 2003, 221.
- 48 Hof Amsterdam, 6 februari 2003, JOR 2003, 84.
- 49 Rechtbank 's-Gravenhage 7 augustus 2003, JOR 2003, 246.
- 50 HR 12 september 2003,
- 51 Hof Arnhem 22 april 2003, JOR 2003, 213, later HR 26 augustus 2003, JOR 241.
- 52 HR 14 maart 2003, NJ 2003, 327.
- 53 Rechtbank Zwolle 3 september 2003, NJ *Feitenrechtspraak* 2003, 57, JOR 2003, 278.
- 54 HR 12 september 2003, NJ 2003, 694.