

Kroniek insolventie- recht



kroniek
2008

.....
Inhoud

Bestuurdersaansprakelijkheid

Faillissementstekort ex art. 2:248 BW

Reikwijdte art. 2:11 BW

Weerleggen bewijsvermoeden art.
2:248 BW

Boedelomvang

Onverschuldigde betaling

Surseance; rente

Internationale aspecten

Paritas creditorum

Faillissementspauliana

Pandrecht

Eigendomsvoorbehoud

Curator

Toegang tot elke plaats, art. 93a Fw

Aantasting eer en goede naam

Bevoegdheid curator tot opvorderen
inhoud computer derde

Milieuverontreiniging

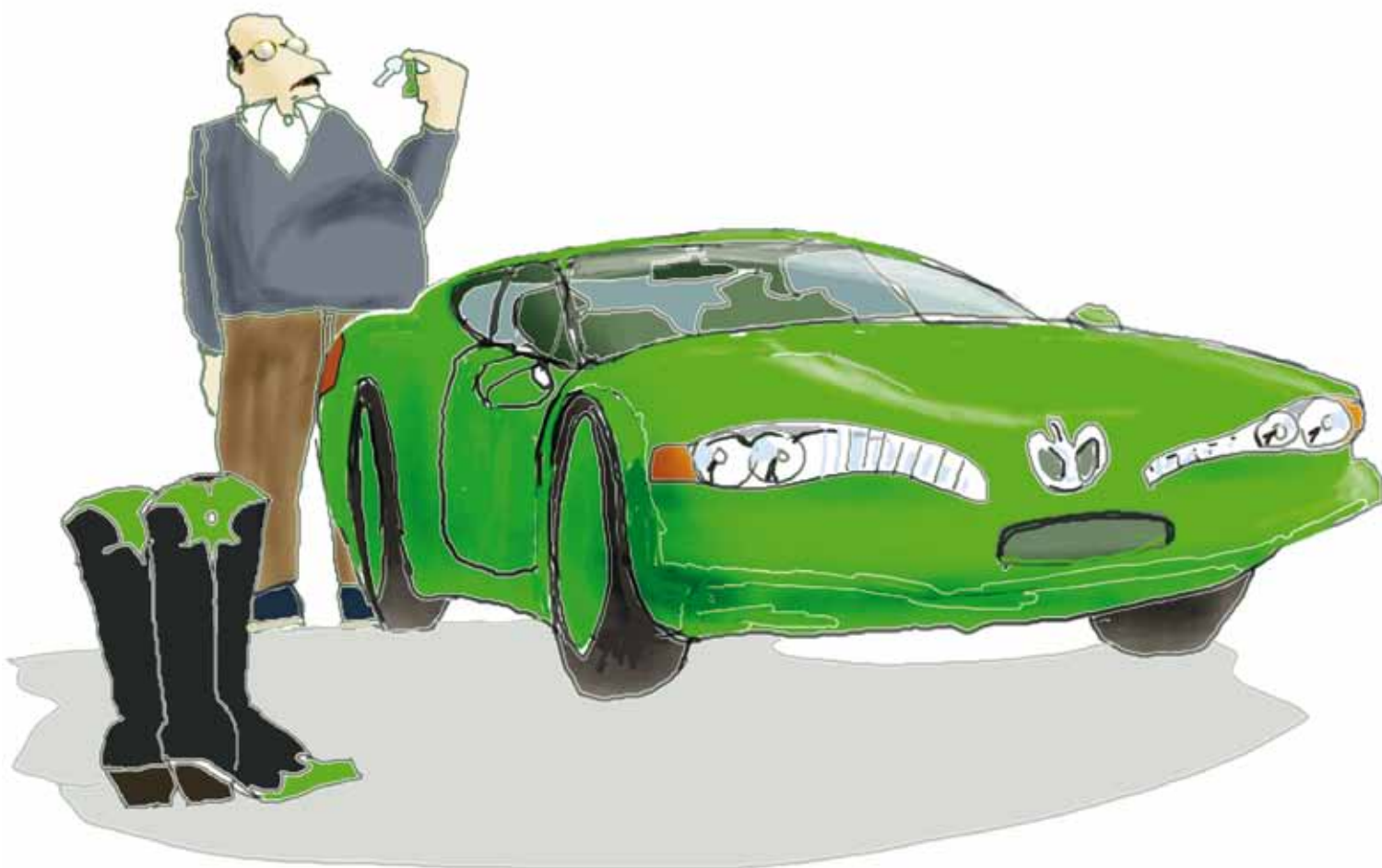
Pluraliteit van schuldeisers

Non-concurrentiebeding

Bodemvoorrecht

Beroep op rc, artt. 67 en 69 Fw

De laatste Kroniek insolventierecht in dit blad dateert uit 2006, reden waarom onderstaande kroniek de periode 2007 en 2008 beslaat. Behandeld worden de meest in het oog springende arresten van de Hoge Raad en voor de praktijk relevante lagere uitspraken. Waar nodig worden de uitspraken in het kader van eerdere arresten van de Hoge Raad geplaatst en worden commentaren bij de uitspraken aangehaald.



.....
Ilan Spinath, Ester Opperdijk, Carin Schreuder en Chris de Jager,¹ en Willem van Nielen,²
redactielid

Bestuurders- aansprakelijkheid

.....
Faillissementstekort ex art. 2:248 BW

Met betrekking tot het bedrag van het tekort waarvoor een bestuurder op grond van art. 2:248 BW aansprakelijk kan worden gesteld, stelt de memorie van toelichting bij art. 2:248 BW het volgende: 'De curator behoeft voorts alleen aan te tonen hoe groot het tekort is. Van hem wordt niet het vaak niet

eenvoudig bewijs van de omvang van de door de tekortkoming ontstane schade verlangd.' Volgens de Hoge Raad vallen onder het tekort ook de door de curator gemaakte faillissementskosten.³

In *Ortelee q.q./Panday*⁴ komt de vraag naar voren of het tekort moet worden verminderd indien de rechter van oordeel is dat de curator bij de vereffening van het faillissement nodeloos kosten heeft gemaakt, kosten onvoldoende heeft verantwoord of baten heeft laten lopen.

.....
¹ Ilan Spinath en Ester Opperdijk zijn werkzaam bij Loyens & Loeff NV, Carin Schreuder is werkzaam bij Van Riet en Associees en Chris de Jager is werkzaam bij Baker & McKenzie.
² Willem van Nielen is werkzaam bij Van Diepen Van der Kroef.

.....
³ HR 10 september 1996, NJ 1994/272.
⁴ HR 20 juni 2008, JOR 2008/245 en NJ 2008/356.

De Hoge Raad beantwoordt deze vraag ontkennend. Het tekort waarvoor de bestuurder aansprakelijk is, moet worden begroot op het bedrag van de schulden voor zover die niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan. Die begroting behoort te worden gebaseerd op de te verwachten (slot)uitdelingslijst aan de hand waarvan immers de omvang kan worden bepaald van de geldsom die naast het overige boedelactief nodig is voor volledige voldoening van de schuldeisers. De wijze waarop een faillissement door de curator is afgewikkeld, kan wel bijdragen tot matiging van het bedrag waarvoor de bestuurder aansprakelijk wordt gesteld.

Reikwijdte art. 2:11 BW

Op grond van art. 2:11 BW rust de aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon op eenieder die ten tijde van het ontstaan van die aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is. De Hoge Raad overwoog in het Montedison-arrest⁵ dat 'een verdere uitbreiding van de aansprakelijkheid tot degene die het beleid van de aansprakelijke rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald, in art. 2:11 BW niet is gegeven'. Naar aanleiding van het Montedison-arrest is er onduidelijkheid ontstaan over de positie van de feitelijk beleidsbepaler.

In Lammers/Aerts q.q.⁶ wordt, onder verwijzing naar het Montedison-arrest, gesteld dat indien een rechtspersoon op grond van art. 2:248 lid 7 BW (feitelijk beleidsbepaler) aansprakelijk is voor het tekort, de formele bestuurder van de aansprakelijke rechtspersoon niet aansprakelijk kan worden gesteld op grond van art. 2:11 BW. De Hoge Raad wijst deze stelling af en legt uit dat zij in het Montedison-arrest slechts heeft geoordeeld dat op grond van art. 2:11 BW alleen de formele bestuurder en niet de feitelijk beleidsbepaler van een aansprakelijke rechtspersoon aansprakelijk kan worden gesteld. Daarbij maakt het volgens de Hoge Raad geen verschil of de aansprakelijke rechtspersoon formeel bestuurder dan wel feitelijk beleidsbepaler is van de failliete vennootschap. Dus ook een formele bestuurder van een ex

5 HR 28 april 2000, JOR 2000/128 en NJ 2000/411.
6 HR 14 maart 2008, JOR 2008/152 en NJ 2008/466.

art. 2:248 lid 7 BW aansprakelijke rechtspersoon (als feitelijke beleidsbepaler) kan op grond van art. 2:11 BW aansprakelijk worden gesteld.

Weerleggen bewijsvermoeden art. 2:248 BW

Art. 2:248 lid 2 BW bepaalt dat indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn boekhoud- en/of publicatieplicht, het zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. De kennelijk onbehoorlijke taakvervulling wordt vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn. Een redelijke uitleg van art. 2:248 lid 2 BW brengt mee dat voor het ontzenuwen van het daarin neergelegde vermoeden volstaat dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.⁷ Indien de curator de bestuurder vervolgens verwijt dat hij heeft nagelaten het intreden van de andere oorzaak te voorkomen, dan zal de bestuurder (tevens) feiten en omstandigheden moeten stellen waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert.⁸

Boedelomvang

De Ontvanger heeft ten laste van de latere failliet beslag gelegd op twee motorjachten (registergoederen). De executieverkoop van de motorjachten was op de dag van faillietverklaring nog niet voltooid en nam op grond van art. 33 Fw dadelijk een einde. Daarmee verloor de Ontvanger de, uit zijn hoedanigheid van executant voortvloeiende, beschikingsbevoegdheid met betrekking tot de motorjachten.⁹

Steneker stelt in zijn annotatie¹⁰ de vraag of een koper in het geval van een executoriale verkoop door een beslaglegger beschermd zou moeten worden door art. 7:3 BW (*Vormerkung*) tegen het faillissement van de beslagene. Hij vindt dat verdedigbaar. De koper heeft bij executoriale verkoop door een beslaglegger

7 HR 20 oktober 2006, JOR 2006/288 en NJ 2007/2.
8 HR 30 november 2007, JOR 2008/29 en NJ 2008/91.
9 HR 25 januari 2008, JOR 2008/84 en NJ 2008/66.
10 Annotatie Steneker bij HR 25 januari 2008, JOR 2008/84.

immers geen last van het faillissement van de verkoper (de beslaglegger), maar wel van het faillissement van de eigenaar van het verkochte (de beslagene). Het is volgens Steneker echter wel de vraag of bescherming tegen het faillissement van de beslagene nu al mogelijk is op grond van een extensieve interpretatie van art. 7:3 lid 3 aanhef en onder g BW, of dat hiervoor de tekst van het artikel aangepast zou moeten worden.

Onverschuldigde betaling

Wordt tijdens een faillissement onverschuldigd betaald aan de boedel, dan leidt dit in beginsel tot een concurrente boedelvordering die als zodanig moet worden afgewikkeld.¹¹ In *Ontvanger/Hamm q.q.*¹² heeft de Hoge Raad echter bepaald dat indien (i) de onverschuldigde betaling het gevolg is van een 'onmiskensbare vergissing' en (ii) er geen rechtsverhouding bestaat of heeft bestaan die aanleiding tot die betaling gaf, het onverschuldigd betaalde bedrag onverwijld en buiten de afwikkeling van het faillissement om dient te worden terugbetaald.

In *Van der Werff q.q./BLG Hypotheekbank N.V.*¹³ bestendigt de Hoge Raad deze doctrine ondanks het betoog dat *Ontvanger/Hamm q.q.* in de praktijk tot grote interpretatieproblemen en procedures leidt en een vlotte en efficiënte afwikkeling van faillissementen verhindert. De Hoge Raad voegt in deze uitspraak enkele nadere gezichtspunten toe.

Uitgangspunt voor de in *Ontvanger/Hamm q.q.* aangenomen terugbetalingsverplichting is, dat de betaling onverschuldigd, dus zonder rechtsgrond, is geschied. De Hoge Raad heeft de terugbetalingsverplichting van de curator echter niet aangenomen voor elke na de faillietverklaring verrichte betaling aan de boedel zonder rechtsgrond. Uitgesloten is bijvoorbeeld het geval waarin een betaling achteraf onverschuldigd bleek te zijn als gevolg van het met

11 HR 28 september 1990, NJ 1991/305.
12 HR 5 september 1997, NJ 1998/437.
13 HR 8 juni 2007, JOR 2007/221 en NJ 2007/419.



terugwerkende kracht tot een vóór de faillietverklaring gelegen tijdstip vervallen van de rechtsgrond voor die betaling. De curator dient het onverschuldigd betaalde bedrag slechts terug te betalen indien geen rechtsverhouding bestaat of heeft bestaan die de betaler, de gefailleerde of de curator aanleiding kon geven te veronderstellen dat er wel een rechtsgrond aanwezig was voor de betaling in kwestie. Dan is volgens de Hoge Raad immers duidelijk dat (i) de betaling bij gebreke van enige rechtsverhouding noch voor de gefailleerde noch voor de curator bestemd was, dan wel (ii) de

rechtsverhouding die tussen de betaler en de gefailleerde wel bestaat of heeft bestaan voor de betaling in kwestie geen rechtsgrond kon opleveren. Dit laatste zal zich bijvoorbeeld voordoen wanneer zonder meer duidelijk is dat de betaling slechts betrekking kan hebben op een reeds door een eerdere betaling tenietgegane schuld of wanneer het betaalde bedrag op een verschrijving of vergissing berust.

De rechtvaardigheid van de beslissing in *Ontvanger/Hamm* q.q. wordt regelmatig in twijfel getrokken. In zijn noot bij *Ontvanger/Hamm* q.q. betoogt Ste-

neker dat het geluk met de dommen is: 'Degene die tijdens faillissement onverschuldigd betaalt, krijgt zijn geld alleen terug als de betaling het gevolg is van zijn eigen stomiteit: hij betaalt te veel of hij betaalt aan de verkeerde partij. Degene die op het moment van betaling niet kon weten dat zijn betaling onverschuldigd was (omdat de rechtsgrond voor betaling pas naderhand wordt vernietigd) of die wel wist of meende dat de betaling onverschuldigde zou zijn, maar gedwongen werd tot betaling, ziet zijn vordering tijdens faillissement behandeld als een concurrente boedelschuld.'¹⁴

Surseance; rente

In 2006 oordeelde de Rechtbank Amsterdam dat in het geval dat een faillissement wordt voorafgegaan door een surseance van betaling, de rechtsposities van de bij de boedel betrokken schuldeisers vanaf de surseancedatum jegens elkaar vastliggen. Als gevolg daarvan dient volgens de Rechtbank Amsterdam de tijdens de surseance opgekomen rente in een daarop volgend faillissement niet voor verificatie in aanmerking te komen.¹⁵ Ook de Rechtbank Rotterdam stelt dat het stelsel van de Faillissementswet met zich brengt dat rente die na de surseancedatum vervalt niet voor verificatie in aanmerking komt. Hoewel de Faillissementswet dit niet met zoveel woorden bepaalt en de literatuur en jurisprudentie hierover verdeeld zijn, volgt dit volgens de Rechtbank Rotterdam uit de samenhang tussen de artt. 260 Fw, 128 Fw en 249 Fw.¹⁶

In hoger beroep van de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam maakt het Hof Amsterdam korte metten met deze uitspraak. Volgens het hof volgt uit het systeem van de faillissementswet juist dat de rechten van schuldeisers worden gefixeerd op het ogenblik van de faillietverklaring. Art. 249 Fw, dat enkele regels geeft voor het geval de faillietverklaring wordt uitgesproken met gelijktijdige beëindiging van de surseance van betaling, leidt volgens het hof niet tot een ander

14 Annotatie Steneker bij HR 5 september 1997, NJ 1998/437.

15 Rb. Amsterdam 25 januari 2006, JOR 2006/220.

16 Rb. Rotterdam 27 februari 2008, JOR 2008/242.

oordeel. De in dat artikel geregelde uitzonderingen voorzien volgens het hof namelijk niet in een uitzondering ter zake de tijdens de surseance van betaling tot aan het Faillissement lopende rente.¹⁷

Ook volgens Faber¹⁸ bestaat er, in geval van een opvolging van insolventieprocedures, onvoldoende grond om met betrekking tot de vraag welke vorderingen zich voor verificatie lenen, uit te gaan van het moment waarop de eerste procedure werd geopend. Steun voor de benadering van Faber is te vinden in Hoge Raad 4 februari 1977, NJ 1978/66 (Dreyfus/Keulen en Oliemans q.q.). Dit arrest heeft weliswaar betrekking op art. 133 Fw maar een analoge toepassing op de onderhavige situatie ligt volgens Faber voor de hand. Art. 133 Fw bepaalt dat vorderingen op de gefailleerde, waarvan de waarde onbepaald of onzeker is, geverifieerd worden voor hun geschatte waarde. Bij deze waardering moet worden uitgegaan van de aanvang van de dag van faillissement. Dit moment geldt volgens de Hoge Raad ook indien aan het faillissement een surseance van betaling is voorafgegaan. Volgens de Hoge Raad vloeit een en ander voort uit het systeem van de Faillissementswet, dat uitgaat van een fixatie van de rechten van schuldeisers per faillissementsdatum, en kan uit art. 249 Fw niet het tegendeel worden afgeleid.¹⁹

Internationale aspecten

Na faillietverklaring van een Nederlandse vennootschap verzoekt een Duitse schuldeiser (German Graphics) op de voet van de EEX-verordening om verlof tot tenuitvoerlegging in Nederland van een bevel van de Duitse rechter tot afgifte door de curator van enkele machines op grond van eigendomsvoorbehoud.

De curator verzet zich tegen het verlof en stelt daartoe dat de Duitse beslissing valt onder het bereik van art. 25 lid 1 van de Insolventieverordening (IVO) en dus buiten het toepassingsbereik van

de EEX-verordening omdat het door de Duitse rechter gegeven bevel rechtstreeks van invloed is op de afwikkeling van de Nederlandse faillissementsprocedure. De Hoge Raad²⁰ oordeelt echter dat de Duitse beslissing niet kan worden aangemerkt als een beslissing die wordt beheerst door de erkennings- en tenuitvoerleggingsregeling van de IVO aangezien de beslissing niet is gegeven door de insolventierechter, noch door 'een andere rechter', met wie bedoeld wordt een andere rechter in de lidstaat waar de insolventieprocedure is geopend (rapport Virgós/Schmit, nrs. 194 en 198).

De erkenning en tenuitvoerlegging van andere beslissingen dan die welke vallen onder erkennings- en tenuitvoerleggingsregeling van de IVO worden op grond van art. 25 lid 2 IVO beheerst door de erkennings- en tenuitvoerleggingsregeling van de EEX-verordening, voor zover de EEX-verordening van toepassing is. De vraag die naar voren komt, is of in het geval dat de erkennings- en tenuitvoerleggingsregeling van de IVO niet van toepassing is, de erkennings- en tenuitvoerleggingsregeling van de EEX-verordening automatisch van toepassing is. In dat kader heeft de Hoge Raad de volgende twee prejudiciële vragen aan het HvJ EG gesteld.

- 1 'Moet art. 25 lid 2 Insolventieverordening aldus worden uitgelegd dat de daarin opgenomen woorden "voor zover dat Verdrag (i.e. de EEX-Verordening) van toepassing is" inhouden dat alvorens met betrekking tot andere dan de in art. 25 lid 1 IVO bedoelde beslissingen kan worden besloten tot toepasselijkheid van de erkennings- en tenuitvoerleggingsregeling van de EEX-Verordening, eerst nog moet worden onderzocht of zij op grond van art. 1 lid 2 aanhef en onder b EEX-Verordening buiten het materiële toepassingsgebied van deze verordening vallen?
- 2 Moet art. 1 lid 2 aanhef onder b EEX-Verordening in verbinding met art. 7 lid 1 IVO aldus worden uitgelegd dat de omstandigheid dat een goed waarop het eigendomsvoorbehoud rust, zich op het tijdstip waarop een insolventieprocedure tegen de koper wordt geopend, bevindt in de lid-

staat waar de insolventieprocedure is geopend, ertoe leidt dat een op het eigendomsvoorbehoud gegronde vordering van de verkoper als die van German Graphics moet worden beschouwd als een vordering die betrekking heeft op het faillissement, als bedoeld in art. 1 lid 2 aanhef en onder b EEX-Verordening en die daarom buiten het materiële toepassingsgebied van de verordening valt?'

Paritas creditorum

Kan een economische eigenaar van een onroerende zaak deze zaak na het faillissement van de juridische eigenaar daarvan, met werking tegen de boedel verhuren aan een derde? Deze vraag wordt door de Hoge Raad²¹ ontkennend beantwoord. Economische eigendom heeft volgens de Hoge Raad geen zelfstandige betekenis en wordt beheerst door de rechtsverhouding tussen partijen. Aangenomen werd dat de economische eigenaar hier een persoonlijk recht had op gebruik van de onroerende zaak, waaronder het recht om de zaak te verhuren. De vraag is of dit persoonlijk recht ter verificatie moet worden ingediend en dus niet aan de curator kan worden tegengeworpen. Met andere woorden: dient de economische eigenaar gelijk te worden behandeld met schuldeisers met een verifieerbare vordering? De Hoge Raad meent van wel. Hij overweegt dat de economische eigenaar zijn gebruikersrechten met betrekking tot het pand niet langer meer kan tegenwerpen aan de curator.²² Hieruit volgt, volgens de Hoge Raad, dat de economische eigenaar ook niet een huurrecht kan verschaffen met tegenwerping aan de curator.

Dat het gebruikersrecht van de economische eigenaar met betrekking tot het pand op zichzelf niet wordt geraakt door het faillissement van de juridische eigenaar, brengt hierin geen wijziging. Hiermee doelt de Hoge Raad op het beginsel van het faillissementsrecht dat de faillietverklaring op bestaande wederkerige overeenkomsten niet de minste

17 Hof Amsterdam 2 januari 2008, JOR 2008/112.

18 Annotatie Faber bij Rb. Rotterdam 27 februari 2008, JOR 2008/242.

19 HR 4 februari 1977, NJ 1978/68.

20 HR 20 juni 2008, JOR 2008/246 en NJ 2008/354.

21 HR 3 november 2006, JOR 2007/76.

22 Vgl. HR 22 december 1998, nr. 13721, NJ 1990, 661.

invloed uitoefent. Dit beginsel betekent niet 'dat de schuldeiser van een duur-overeenkomst wiens wederpartij failliet wordt verklaard, de rechten uit die overeenkomst kan blijven uitoefenen alsof er geen faillissement ware'. Een andere opvatting zou immers ertoe leiden dat het aan de Faillissementswet mede ten grondslag liggende beginsel van gelijkheid van schuldeisers op onaanvaardbare wijze zou worden doorbroken.

Dit geldt ook voor gevallen waarin de gefailleerde krachtens de tussen partijen gesloten overeenkomst niet is gehouden een bepaalde prestatie te verrichten, maar het gebruik van een aan hem in eigendom toebehorende zaak te dulden. Indien de wederpartij van de gefailleerde van de curator zou kunnen verlangen dat deze het voortgezette gebruik van de desbetreffende zaak duldt, zou deze wederpartij immers in feite bevoegd zijn het faillissement in zoverre te negeren. Voor dat laatste geval is echter slechts plaats in uitzonderlijke, in de wet uitdrukkelijk geregelde, gevallen. Bovendien zou door aanvaarding van een zodanige regel een goed beheer ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de tot de boedel behorende zaken ten aanzien waarvan langlopende overeenkomsten bestaan, in ernstige mate worden bemoeilijkt.

Faillissements-pauliana

De curator kan een voldoening door de schuldenaar die hij vóór zijn faillissement verplicht heeft verricht ex art. 47 Fw aantasten, indien de schuldeiser wist van de faillissementsaanvraag of indien hij samenspande met de schuldenaar ('overleg'). Indien de schuldenaar in het zicht van faillissement een betaling ontvangt op zijn bankrekening met een debetstand en de bank verrekenet deze betaling met het debetsaldo, kan de curator ook deze verrekening ten laste van de bank met art. 47 Fw aantasten, ook al is strikt genomen geen sprake van 'voldoening door de schuldenaar' zoals art. 47 Fw voorschrijft (Loeffen/Mees en Hope I). Dit geval moet volgens de HR gelijk worden gesteld met een 'voldoening door de schuldenaar' in de

zin van art. 47 Fw omdat de bank anders in een uitzonderingspositie zou komen te verkeren. Art. 47 Fw vereist voorts dat de boedel is benadeeld, aldus Loeffen/Mees en Hope II. In dat arrest oordeelde de Hoge Raad dat geen sprake was van benadeling gelet op de specifieke samenstel van daaraan voorafgaande handelingen van de bank. In Van Dooren/ABN Amro II kiest de Hoge Raad in het kader van de toepassing van art. 54 Fw echter voor de lijn de benadelingsvraag te abstraheren van het totale samenstel van de transacties. Zo ook ik het navolgende arrest in het kader van de pauliana, waar het eveneens ging om de vraag of sprake was van een 'voldoening door de schuldenaar' in de zin van art. 47 Fw.

Accomodaties verkeerde in een penibele financiële situatie en zou mogelijk failliet worden verklaard. Haar moederverenootschap ('Holding') gaf toen opdracht aan haar advocaat te adviseren op welke wijze de onderneming van Accomodaties kon worden voortgezet en Holding haar vordering op Accodomodaties zou kunnen innen. Op advies van de advocaat is een driepartijenovereenkomst gesloten waarin (i) Accomodaties haar inventaris en machines verkoopt en levert aan Stukro; (ii) Stukro de verschuldigde koopsom aan Holding zal betalen, (iii) waarvoor Accomodaties kwijting verleende aan Stukro; en (iv) Holding het van Stukro ontvangen bedrag zou verrekenen met haar vordering op Accomodaties. Met het oog op het risico dat de curator van Accomodaties de overeenkomst zou kunnen vernietigen, is in de overeenkomst een ontbindende voorwaarde opgenomen die ertoe strekte de overeenkomst met terugwerkende kracht van rechtswege te ontbinden indien een van de bepalingen in de overeenkomst om wat voor reden dan ook zijn werking zouden verliezen.

Deze opzet slaagt niet. Nadat Accomodatie faillieert, dagvaart de curator de Holding, Stukro en de dga, die allen door de rechtbank hoofdelijk worden veroordeeld tot (i) betaling aan de boedel van de door holding ontvangen koopsom op grond van art. 47 Fw (ten aanzien van Holding) dan wel art. 6:162 BW (ten aanzien van de andere procespartijen) en (ii) Stukro en de dga tot het verschil tussen de koopsom en de reële waarde van de machines en de inventaris



op grond van art. 6:162 BW vanwege het paulianeuze karakter van de transactie.

Stukro voldoet aan het vonnis en stelt (althans de cedent van haar vordering) de advocaat aansprakelijk voor de geleden schade. In die procedure maakt de Hoge Raad²³ korte metten met de ontbindende voorwaarde en oordeelt dat 'het beroep van de curator op art. 47 Fw, met het gevolg dat Holding de door haar in mindering op haar vordering op Accomodaties van Stukro ontvangen koopsom ingevolge art. 51 Fw moest door- of terugbetalen aan de curator, niet kon worden doorkruist door de intreding van de ontbindende voorwaarde, omdat de dwingendrechtelijke bepalingen van de artt. 47 en 51 lid 1 Fw niet door het be- dingen van een dergelijke ontbindende voorwaarde kunnen worden ontkracht'.

In cassatie is voorts de vraag aan de orde of de betaling door Stukro (derde) aan Holding, nu die heeft plaatsgevonden met goedvinden/medewerking van Accomodaties (schuldenaar), kan wor-

.....
²³ HR 18 januari 2008, JOR 2008/83.

den aangemerkt als ‘voldoening door de schuldenaar’ in de zin van art. 47 Fw. De Hoge raad oordeelt: ‘Een betaling van een aan de schuldenaar verschuldigde geldsom, met diens goedvinden niet aan hem maar aan een van zijn schuldeisers in mindering op het door hem aan die schuldeiser verschuldigde, kan wel degelijk gelden als een “voldoening door de schuldenaar” als bedoeld in art. 47 Fw. Een dergelijke wijze van voldoening kan niet aan de toepassing van art. 47 Fw worden onttrokken doordat men de schuldenaar van de schuldenaar (in dit geval: Stukro) als “derde” aanmerkt.’

Tot slot wordt in cassatie aangevoerd dat geen sprake is van benadeling van de boedel omdat er op de verkochte zaken een pandrecht rustte ten gunste van de bank. De Hoge Raad bepaalt: ‘Miskend wordt dat het Hof slechts oordeelt dat de schuldeisers zijn benadeeld doordat de koopsom die Accomodaties voor haar verpande zaken nu eenmaal had bedongen, ten goede van een concurrente crediteur (Holding) is gekomen.’ De Hoge Raad abstraheert de benadelingsvraag dus van de totale transactie, hetgeen in lijn is met eerdergenoemde arresten.



Pandrecht

Een bank kan zich als stille pandhouder op vorderingen in geval van faillissement van de pandgever in drie gevallen vrijwel volledig verhalen op de opbrengst van de verpande vorderingen. Ten eerste kan hij tijdig mededeling doen aan de debiteuren, ten tweede een incassoafpraak maken met de curator, of hij kan zich ‘door verrekening voldoen’ door het debetsaldo van de rekening van de pandgever te verrekenen met de daarop verrichte betalingen door de aan haar verpande debiteuren.²⁴ De bank is als pandhouder slechter af indien mededeling van het pandrecht aan de debiteuren achterwege blijft en de debiteuren betalen op een andere rekening dan die van de pandhouder (bijvoorbeeld op de rekening van de curator of van een andere bank). In dat geval heeft de pandhouder slechts aanspraak op de opbrengst na omslag van de fail-

lissementskosten (art. 182 Fw), die veelal aanzienlijk zijn.

Het is dan ook wrang voor de bank indien de curator twee weken na faillissementsdatum de debiteuren aanschrijft en verzoekt op de faillissementsrekening van de curator te betalen, waarop vervolgens € 165.000 door de debiteuren wordt gestort. De bank meende in dat geval dat de curator haar in kennis had moeten stellen en voorts een redelijke termijn had moeten geven waarbinnen zij mededeling had moeten doen, welke verplichting zij baseert op art. 58 lid 1 Fw (op grond waarvan de curator de pand- en hypotheekhouder een redelijke termijn kan stellen om tot uitoefening van hun rechten over te gaan).

De Hoge Raad²⁵ oordeelt dat de redelijke termijn ingevolge deze bepaling geen verplichting, maar een bevoegdheid van de curator betreft. ‘Zolang de stille pandhouder de bevoegdheid tot inning niet op zich heeft doen overgaan door bedoelde mededeling te doen, is

er voor de curator geen reden de stille pandhouder in het belang van de boedel op de voet van art. 58 lid 1 BW een (redelijke) termijn te stellen om tot uitoefening van de in art. 57 Fw bedoelde rechten over te gaan. Het voorgaande betekent niet dat het de curator vrijstaat de bevoegdheid van de stille pandhouder tot het doen van de mededeling aan de betrokken debiteuren te frustreren door zijnerzijds aanstonds aan die debiteuren mede te delen [...]. In het algemeen zal bij een professionele stille pandhouder als een bank voldoende zijn dat de curator een redelijke te achten termijn in acht neemt van veertien dagen alvorens een dergelijke mededeling aan de debiteuren te doen.’ Het ligt volgens de Hoge Raad op de weg van de bank om contact op te nemen met de curator en niet andersom. In dit geval ging de Hoge Raad ervan uit dat de bank niet op informatie van de curator was aangewezen om te beseffen dat zij in actie diende te komen. In het geval de curator daar niet van uit kan gaan, vangt volgens JOR-annotator J.J. van Hees de veertien dagen aan nadat

24 Mulder q.q./CLBN, HR 17 februari 1995, NJ 1996/471.

25 HR 22 juni 2007, JOR 2007/222.

de curator de bank over het faillissement heeft geïnformeerd.

In een ander geval treft de curator in de boedel een vordering aan die door de pandhouder wordt betwist. De curator betwist het pandrecht. Om snel te kunnen beoordelen of hij namens de boedel de vordering wil incasseren, stelt hij de pandhouder een redelijke termijn ex art. 58 lid 1 Fw om tot inning van de vordering over te gaan voor het geval het pandrecht wel rechtsgeldig blijkt te hebben. De Hoge Raad²⁶ oordeelt: 'Indien een schuldeiser of een derde stelt een pandrecht te hebben op een tot de boedel behorend goed, staat geen rechtsregel eraan in de weg – dus ook art. 58 lid 1 Fw niet – dat de curator niet alleen deze stelling betwist, maar bovendien met het oog op een vlotte afwikkeling van het faillissement aan degene die zich op het pandrecht beroept, een redelijke termijn stelt om zijn beweerde recht uit te oefenen. Met deze beide bevoegdheden wordt immers op verschillende, onderling zeer wel verenigbare, wijze het belang van de boedel gediend; de betwisting strekt ter verzekering dat geen ongerechtvaardigde inbreuk wordt gemaakt op het in art. 3:277 BW besloten liggende gelijkheidsbeginsel; de termijnstelling strekt tot een voortvarende afwikkeling van de boedel.'

Eigendoms-voorbehoud

Meibergen heeft – in zijn hoedanigheid van directeur van MSD – bij het ondertekenen van de pandakte jegens de bank verklaard dat de pandgever (MSD) tot verpanding bevoegd is. Nu Meibergen niet alleen enig aandeelhouder en directeur van MSD was, maar tevens eigenaar van de eenmanszaken MIS en MSE die de muziekinstrumenten aan MSD leverden, wist hij dat deze verklaring alleen juist zou zijn indien die instrumenten eigendom van MSD zouden worden, althans het eigendomsvoorbehoud ten aanzien van die instrumenten niet aan de bank zou (kunnen) worden tegengeworpen. De bank mocht op haar beurt van Meibergen verwachten dat hij, gelet

26 HR 11 april 2008, JOR 2008/180.

op zijn positie van zowel directeur en enig aandeelhouder van MSD als leverancier aan MSD, ervoor zou zorgen dat de door hem te leveren instrumenten onder het pandrecht van de bank zouden vallen. Onder deze omstandigheden moet de in de pandakte voorkomende verklaring van Meibergen (als directeur van MSD) dat MSD tot de verpanding bevoegd is, aldus begrepen worden dat Meibergen daarbij tevens jegens de bank heeft verklaard dat zijn leveranties aan MSD waren geschied of zouden geschieden onder zodanige voorwaarden dat MSD tot de verpanding bevoegd was. Daaruit mocht de bank afleiden dat Meibergen zich jegens de bank niet op enig eigendomsvoorbehoud ter zake van die leveranties zou (kunnen) beroepen. Dit houdt mede in dat, zo al een eigendomsvoorbehoud bij de leveranties gemaakt was of zou worden, Meibergen daarvan jegens de bank afstand deed. Aldus verstaan geeft het oordeel van het hof volgens de Hoge Raad²⁷ niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

Curator

Toegang tot elke plaats, art. 93a Fw

De curator is belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel. In art. 93a Fw is bepaald dat de curator toegang heeft tot elke plaats, voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is. De rc is bevoegd tot het geven van een machtiging daartoe.^{28, 29}

De Hoge Raad³⁰ overweegt dat de curator ter vervulling van zijn taak ex art. 93a Fw bevoegd was zich de toegang tot het bedrijfspand te verschaffen met behulp van de sterke arm. De politie was op grond van de haar in art. 2 Politiewet 1993 toegekende taken bevoegd de curator de gevraagde assistentie te verlenen. Uit dien hoofde komt de politieambtenaar de bevoegdheid toe van de verdachte te vorderen de deur te openen. Indien deze daaraan niet voldoet, mag de ambtenaar zich (binnen bepaalde grenzen)

27 HR 22 februari 2008, JOR 2008/118.

28 Als bedoeld in art. 2 van de Algemene wet op het binnentreden. De door de rc afgeven machtiging is ten hoogste drie dagen geldig.

29 Art. 6 Awbi.

30 HR 23 januari 2007, LJN: A23880, 02341/05.

met geweld toegang verschaffen ten-einde de curator de plaats te doen betreden. De Hoge Raad oordeelt dat indien de verdachte deze handeling zou hebben belet, verijdeld of belemmerd, hij zich schuldig zou hebben kunnen maken aan het in de tweede zinsnede van art. 184 lid 1 Strafrecht bedoelde strafbare feit.

Aantasting eer en goede naam

In 2004 oordeelde de Rechtbank Amsterdam³¹ al over onjuiste en grievende uitlatingen van derden in de pers, die de eer en de goede naam van de curator in privé aantasten. Op 9 februari 2007 oordeelde de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag³² over een door de curatoren van Landis gevorderde rectificatie op grond van het feit dat hun eer en goede naam waren aangetast door een publicatie door de Vereniging van Effectenbezitters (VEB). Tijdens deze zaak stonden twee belangen tegenover elkaar: het belang van de curatoren van de bescherming van hun eer en goede naam en het belang van VEB om in vrijheid haar mening te uiten. De Voorzieningenrechter bepaalt dat aan curatoren, zeker in faillissementen van deze aard en omvang, maar ook los daarvan, hoge eisen moeten worden gesteld. Zij dienen hun wettelijke, mede in het publieke belang, gegeven taak te vervullen binnen het door de wet gegeven kader en daarmee enkel ten dienste van hun toevertrouwde belangen en zich daarbij niet te laten leiden door persoonlijke banden van welke aard ook. Zij vervullen in bepaalde opzichten een publieke taak, maar daarmee zijn zij geen public figures, die zich onder omstandigheden (veel) meer moeten laten welgevalen dan de gemiddelde burger. De Voorzieningenrechter wijst rectificatie en schadevergoeding aan de curatoren in privé toe.

Bevoegdheid curator tot opvorderen inhoud computer derde

De curator dient dadelijk na het aanvaarden van zijn betrekking³³ zorg te dragen voor het verzamelen en bewaren van de boedelactiva. De Rechtbank Breda³⁴ oordeelde dat van wezenlijk belang is dat de

31 Rb. Amsterdam 15 september 2004, JOR 2004/340.

32 Rb. Den Haag 9 februari 2007, JOR 2007/164.

33 Art. 92 Faillissementswet.

34 Rb. Breda 31 juli 2008, JOR 2008/254.

curator beschikt over de administratie en alle zakelijke relevante informatie die bij de failliet aanwezig was, althans behoorde te zijn, op het tijdstip van het faillissement. Indien er voldoende aanwijzingen zijn dat informatie die tot de administratie behoort en die elders niet wordt aangetroffen, zich bevindt op de laptop van een derde, komt de curator het recht toe deze informatie op te vorderen indien die informatie nodig is voor de uitoefening van zijn taak. De rechtbank overweegt nog dat de mate van het belang van de curator en de zwaarte van de aanwijzing dat de informatie zich bij de derde bevindt, wel dienen afgewogen te worden tegen het belang van de derde, waaronder het belang op bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

Milieu-verontreiniging

In 1997³⁵ oordeelde de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State dat voor wat betreft overtreding van een milieuvergunningvoorschrift de curator vanaf de faillietverklaring belast is met het beheer van de inrichting en verantwoordelijk is voor het naleven van de vergunning. Ook indien de curator de onderneming niet voortzet, is hij gehouden tot naleving van de vergunning. De Afdeling was dan ook van oordeel dat de last onder dwangsom terecht aan de curator was gericht. In zijn annotatie bij dit arrest merkt Kortmann onder meer op dat hij de curator die de onderneming niet voortzet niet zou willen aanmerken als een (rechts)persoon ‘die de inrichting drijft’ in de zin van art. 8.19 Wet milieu-beheer.

In Raad van State, Afdeling Bestuursrechtspraak 9 mei 2007, nummer 200604496/1 is sprake van bodemverontreiniging die heeft plaatsgevonden voor de faillissementsdatum. Nadat het faillissement is uitgesproken, wordt aan de curator een last onder dwangsom als bedoeld in art. 5:32 Awb opgelegd. De last strekt ertoe dat de curator een nader bodemonderzoek zal uitvoeren naar de aard en omvang van de verontreiniging op het perceel waarop de failliet haar

35 ABRvS 11 juli 1997, JOR 1997/105.

bedrijfsruimte heeft. De curator betoogt dat hij niet gehouden is tot het doen van nader bodemonderzoek, omdat de verontreiniging heeft plaatsgevonden voor het faillissement. Daarnaast geeft hij aan dat na het faillissement de feitelijke beschikking over de ruimte overgegaan is in handen van derde, terwijl de boedel over onvoldoende middelen beschikt om de gevolgen van de last onder dwangsom te dragen.

De Afdeling volgt de curator niet en bepaalt dat, nu de curator betrokkenheid van de failliet bij de verontreiniging niet bestreden heeft, voldoende grond bestaat om ervan uit te gaan dat de verontreiniging kan worden toegeschreven aan haar bedrijfsactiviteiten. Geen rol speelt dat de curator de inrichting van de failliet niet drijft of heeft gedreven omdat dat geen rol speelt bij de overtreding van de relevante wettelijke bepalingen. De Afdeling overweegt dat de appellant in zijn hoedanigheid van curator vanaf de faillietverklaring verantwoordelijk is voor uit de Milieuwetgeving voortvloeiende verplichtingen.

Pluraliteit van schuldeisers

Een schuldeiser die het faillissement van zijn debiteur wilde aanvragen, gebruikte een achtergestelde vordering als steunvordering. De achtergestelde vordering zou pas opeisbaar zijn in het geval van de liquidatie van de schuldenaar. De Hoge Raad oordeelde dat indien naast een vordering van de schuldeiser die het faillissement aanvraagt alleen blijkt van een achtergestelde schuld van de schuldenaar die pas bij liquidatie behoeft te worden voldaan, slechts onder bijzondere omstandigheden kan worden geoordeeld dat de schuldenaar is opgehouden te betalen.³⁶ Hoewel op zichzelf niet is vereist dat een mede aan het verzoek tot faillietverklaring ten grondslag gelegde steunvordering opeisbaar is, kan het onbetaald laten van een pas bij liquidatie opeisbare vordering op zichzelf niet als een toereikende aanwijzing worden beschouwd dat de schuldenaar is opgehouden te betalen. De schuldenaar betaalt de

36 HR 27 juni 2008, NJ 2007/371 en JOR 2008/248.

achtergestelde vordering weliswaar niet, maar daartoe bestaat ook geen verplichting eerder dan bij liquidatie.

Een paar weken later³⁷ oordeelt de Hoge Raad opnieuw over pluraliteit van schuldeisers. Pluraliteit houdt niet in dat per definitie sprake is van een situatie waarin is opgehouden te betalen. Nieuwe feiten (bijvoorbeeld het feit dat betalingen zijn gedaan aan een andere crediteur dan de aanvrager) mogen worden betrokken bij de beoordeling of van de toestand van te hebben opgehouden te betalen, sprake is. Eerder³⁸ oordeelde de Hoge Raad al dat betalingsregelingen die na de faillietverklaring zijn getroffen met crediteuren van steunvorderingen een rol kunnen spelen bij de beoordeling in hoger beroep of er sprake is van de toestand van te hebben opgehouden te betalen.

Non-concurrentiebeding

De Hoge Raad heeft zich nog niet uitgelaten over de vraag of de curator werknemers mag houden aan een concurrentiebeding ex art. 7:653 BW. De lagere rechtspraak is verdeeld.

De Rechtbank Zutphen³⁹ wijst het beroep van de curator op het relatiebeding af. De rechtbank vindt daarbij van belang dat de werknemer over de laatste periode van zijn dienstverband zijn salaris niet ontvangen heeft, zijn werkgever in staat van faillissement is verklaard en de curator zelf de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd. Op basis hiervan kan de werknemer niet worden verweten dat hij voor afloop van de opzegtermijn in dienst bij een concurrent is getreden. Loesberg merkt in zijn annotatie op dat niet-tijdige betaling van loon als een tekortkoming van de werkgever kan worden geduid en een grond kan zijn voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Na ontbinding van de arbeidsovereenkomst op basis hiervan is de werknemer niet meer door het relatiebeding gebonden.

37 HR 11 juli 2008, JOR 2008/252.

38 HR 22 juli 1988, NJ 1988/912.

39 Rb. Zutphen 31 augustus 2007, JOR 2008/2.

Het Hof 's-Hertogenbosch⁴⁰ kwam de curator van Peelland Services B.V. evenmin tegemoet. Het hof neemt als uitgangspunt dat de curator zelf de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd. Mede gezien de inhoud van het beding kan de curator geen beroep daarop doen, ook niet nu de opzegtermijn nog niet is geëindigd. Het hof merkt daarbij nog op dat dit (mogelijk) slechts anders zou zijn indien de curator voordien of in de ontslagbrief uitdrukkelijk zou hebben bedongen dat de werknemers in verband met een mogelijke doorstart niet voor het einde van de opzegtermijn elders (bij een concurrent) in dienst zouden mogen treden. De algemene mededeling van de curator dat de werknemers zich gedurende de opzegtermijn beschikbaar dienen te houden voor de boedel om eventuele werkzaamheden te verrichten acht het hof als te algemeen gesteld en kan de curator niet baten.

Bodemvoorrecht

De Hoge Raad oordeelde dat een tijdens de afkoelingsperiode gelegd bodembeslag niet kan worden tegengeworpen aan de eigenaar die de zaak voor beslaglegging door middel van een ondubbelzinnige verklaring heeft opgeëist.⁴¹ De strekking van de afkoelingsperiode is volgens de Hoge Raad om de curator in de gelegenheid te stellen zijn beleid te bepalen ten aanzien van de vraag welke goederen hij in elk geval voor de boedel wil behouden. De strekking daarvan is dus niet (mede) om de Ontvanger in staat te stellen zich tijdens de afkoelingsperiode door het leggen van bodembeslag een betere positie te verschaffen dan waarin hij zou hebben verkeerd indien de afkoelingsperiode niet was afgekondigd. De Hoge Raad baseert zich naast de strekking van de afkoelingsperiode ook op de in 2004 ingevoerde artt. 63c en 241c Fw.

Beroep op rc, artt. 67 en 69 Fw

De Hoge Raad⁴² oordeelde dat de partij tegen wie de curator gemachtigd wordt een procedure aan te spannen, niet gerechtigd is om op de voet van art. 67 lid 1 Fw hoger beroep in te stellen tegen de beschikking van de rechter-commissaris waarbij die machtiging is verleend. Volgens de Hoge Raad is het uitgangspunt dat alleen degene die 'partij' was bij de beschikking van de rechter-commissaris het recht heeft van hoger beroep. Met 'partij' wordt bedoeld degene die het tot de beschikking leidende verzoek aan de rechter-commissaris heeft gedaan en degene tot wie de beschikking is gericht. De partij tegen wie de curator gemachtigd is een procedure aan te spannen, valt niet onder deze categorieën. Weliswaar is zijn belang direct betrokken bij de door de rechter-commissaris verleende machtiging om een procedure tegen hem te beginnen, maar zijn rechtspositie wordt op zichzelf niet aangetast door gebruikmaking door de curator van die machtiging. De Hoge Raad wijst er voorts op dat het faillissementsrecht gericht is op een vlotte afwikkeling van het faillissement. Daarbij komt dat degene tegen wie de curator gemachtigd is een procedure te beginnen, zijn bezwaren in die procedure naar voren kan brengen.



40 Hof 's-Hertogenbosch 9 januari 2007, JOR 2007/58.

41 HR 17 oktober 2008, JOR 2009/54.

42 HR 18 april 2008, NJ 2008/244.