

# Kroniek Insolventie- recht



kroniek  
2009-2010

## INHOUD

**Bestuurdersaansprakelijkheid:** *Betalingsonwil » Decharge » Art. 36 Iw 1990 » Art. 58 Fw »*  
**Faillissementspauliana:** *Onverplichte rechtshandeling » Verplichte rechtshandeling en wetenschap van benadeling » Samenspanning » Art. 2:403 BW » Inbewaringstelling ex art. 87 Fw: Tenuitvoerlegging » Stilzitten curator » Verificatie » Restitutie bij beëindiging » Beslag » Dwangakkoord ex art. 287a Fw »*  
Internationale aspecten

Deze kroniek behandelt de belangrijkste arresten van de Hoge Raad uit 2010 op insolventierechtelijk gebied. Ook wordt de voor de praktijk relevante lagere rechtspraak besproken en passeren indien nodig ook oudere arresten de revue.

*mr. J.A. van der Meer, mr. drs. F.P.G. Dix,  
mr. S. Koerselman, mr. A.C.A. Valks en  
mr. M. van der Hoek advocaten in Best<sup>1</sup>*

## Bestuurders- aansprakelijkheid

In 2010 zijn een tweetal belangwekkende uitspraken van de Hoge Raad op dit terrein verschenen.

### Betalingsonwil

In 1992 heeft de HR voor het eerst aangenomen dat betalingsonwil van een bestuurder van een vennootschap voor een bestaande vordering van een schuldeiser grondslag kan zijn voor de persoonlijke aansprakelijkheid van die bestuurder uit onrechtmatige daad.<sup>2</sup> In het arrest inzake Ontvanger/Roelofsen<sup>3</sup> onderscheidt de HR de volgende gevallen van persoonlijke aansprakelijkheid, waaronder betalingsonwil. Ten eerste ging de bestuurder namens de vennootschap een verplichting aan terwijl hij wist of redelijkerwijze moest begrijpen dat de vennootschap niet, of niet binnen een redelijke termijn, aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen. Ten tweede<sup>4</sup> heeft de bestuurder bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. Dit laatste geval is een uitwerking en bevestiging van het voormelde arrest uit 1992. Van het voor aansprakelijkheid van de bestuurder benodigde ernstige verwijt is volgens de HR in elk geval sprake als het voor de bestuurder voorzienbaar was dat schuldeisers van de vennootschap door zijn handelwijze zouden worden benadeeld.

Op 26 maart 2010 heeft de HR het begrip 'betalingsonwil' als grondslag voor aansprakelijkheid van de bestuurder nader ingevuld.<sup>5</sup> Standard, waarvan de door ING aangesproken bestuurder Zandvliet middellijk aandeelhouder/bestuurder was, was uit hoofde van kredietverlening gelden schuldig aan ING. Tot zekerheid voor de betaling van die gelden had ING pandrecht bedongen op onder andere een vordering van Standard op WNF, uit hoofde van een in opdracht van WNF gerealiseerde televisieactie. Tussen WNF en Standard was echter een geschil ontstaan over de hoogte van de door WNF aan Standard verschuldigde vergoeding. Mede hierdoor waren er bij Standard betalingsproblemen ontstaan. Enkel tegen de contractuele toezegging van Zandvliet namens Standard jegens ING dat de van WNF te verkrijgen gelden zouden worden aangewend ter aflossing van het krediet van ING, was ING bereid het krediet aan Standard te continueren. Uiteindelijk werd het geschil geschikt nadat WNF Standard 900.000 gulden betaalde. Dit bedrag werd echter niet aangewend ter aflossing van het krediet aan ING doch ter betaling van andere crediteuren, waaronder een groepsvennootschap. ING sprak daarop Zandvliet aan uit hoofde van onrechtmatige daad; deze stelde dat er geen sprake was van een ernstig verwijt nu het een bestuurder vrij staat zelf te bepalen welke schuldeisers van een vennootschap te voldoen. De HR onderschrijft die vrijheid, maar oordeelde dat het niet-nakomen van de contractuele toezegging om over te gaan tot aflossing van het krediet voortkwam uit betalingsonwil. Ook de stelling van Zandvliet dat ING zich nog wegens de verpanding voor haar vordering kon verhalen op WNF en dus geen schade leed, wordt verworpen, zodat de HR Zandvliet persoonlijk aansprakelijk achtte jegens ING. Volgens Strik in haar noot onder

Elke cent die  
nog binnenkomt  
wordt uitgegeven,  
en ik word bewaard!



dit arrest betekent dit voor de praktijk 'een aanscherping van het leerstuk van bestuurdersaansprakelijkheid' en ze waarschuwt bestuurders terughoudendheid te betrachten bij het doen van toezeggingen aan leveranciers of financiers om hen te overreden in geval van financiële problemen de relatie voort te zetten.

### Decharge

In het standaardarrest Staleman/van de Ven<sup>6</sup> heeft de HR bepaald dat een bestuurder ex art. 2:9 BW (interne aansprakelijkheid) slechts jegens de vennootschap persoonlijk aansprakelijk is wanneer deze bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Daarnaast heeft de HR gesteld dat 'in het bijzonder niet kan worden aanvaard dat een decharge

<sup>1</sup> Allen werkzaam bij Turnaround Advocaten.

<sup>2</sup> HR 3 april 1992 (Van Waning/Van der Vliet), NJ 1992, 411.

<sup>3</sup> HR 8 december 2006 (Ontvanger/Roelofsen), NJ 2006, 659.

<sup>4</sup> Zie daarvoor: HR 6 oktober 1989 (Beklamel), NJ 1990, 286.

<sup>5</sup> HR 26 maart 2010 (Zandvliet/ING), JOR 2010, 127 m.nt. mr.drs. D.A.M.H.W. Strik.

<sup>6</sup> HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360.

zich ook zou uitstrekken tot informatie waarover een individuele aandeelhouder uit anderen hoofde – buiten het verband van de algemene vergadering van aandeelhouders – de beschikking heeft gekregen, of tot gegevens die niet uit de jaarrekening blijken of niet anderszins aan de algemene vergadering van aandeelhouders zijn bekendgemaakt voordat deze de jaarrekening vaststelde’.

Kortom: de verleende decharge strekt zich niet uit tot ‘onder de pet gehouden bestuursfouten’<sup>7</sup> en beperkt daarmee de betekenis van de decharge voor de bestuurder. In het arrest De Rouw/Dingemans q.q.<sup>8</sup> heeft de HR de betekenis van de decharge voor de bestuurder nog verder beperkt. De Rouw was tot 1999 enig aandeelhouder en bestuurder van De Rouw bv. Tijdens de AVA van De Rouw bv (voorzeten in de persoon van de heer De Rouw) werd ter gelegenheid van het vaststellen van de jaarrekeningen 1995, 1996 en 1997 aan De Rouw decharge verleend voor het gevoerde beleid. Het staat vast dat De Rouw in die jaren door spookfacturen 170.000 euro aan De Rouw bv heeft onttrokken. Hiervoor is De Rouw strafrechtelijk veroordeeld. In 2002 is De Rouw bv in staat van faillissement verklaard. De curator spreekt De Rouw in persoon aan ex art. 2:9 BW. Hij [De Rouw? CU] beroept zich op de door hem (de AVA) verleende decharge. De HR acht het op het Staleman/Van de Ven-arrest gebaseerde oordeel van het hof juist en voegt daaraan toe dat ‘de omstandigheid dat De Rouw buiten het verband van de algemene vergadering van aandeelhouders de beschikking heeft gekregen over de gegevens van deze posten – het betrof zijn eigen opdrachten – baat hem in dit verband evenmin’.

Het belang van dit arrest is vooral gelegen in het feit dat de Staleman/Van de Ven-regel van de HR nu ook geldt voor de bestuurder en enig aandeelhouder van de vennootschap. Voor die dga geldt nu dat hij zijn onbehoorlijke handelingen expliciet ter gelegenheid van het AVA besluit houdende decharge moet notuleren. Of dat in de praktijk gaat gebeuren,

is de vraag. Immers, daarmee zou hij op basis van dit arrest aan de ene kant zijn gevrijwaard van een aanspraak ex art. 2:9 BW; bewijsrechtelijk loopt hij dan in de fuik van art. 2:248 leden 1 en lid 6 BW.<sup>9</sup>

### Art. 36 Iw 1990

In art. 36 Iw 1990 is bepaald dat de bestuurder van een rechtspersoon hoofdelijk aansprakelijk is in geval de rechtspersoon in gebreke blijft met het betalen van de door hem verschuldigde premies en dergelijke. De rechtspersoon is verplicht te melden dat hij de verschuldigde premies niet kan betalen (betalingsonmacht). Is de melding niet gedaan, dan wordt vermoed dat de niet-betaling het gevolg is van aan de bestuurder te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur. De bestuurder wordt slechts toegelaten tot weerlegging van dit vermoeden, indien hij aannemelijk maakt dat hem geen verwijt treft met betrekking tot het niet-nakomen van de betalingsverplichting.

Een bestuurder wordt door de Ontvanger op grond van art. 36 Iw 1990 in privé aangesproken tot betaling van belasting-schulden van de bv. De bestuurder voert hiertegen in dat hij vanwege computerproblemen zijn aangifte loonbelasting niet tijdig heeft kunnen doen. Daarnaast stelt hij dat de niet tijdige melding van betalingsonmacht hem niet valt te verwijten, omdat hij veronderstelde dat eerst een meldingsplicht ontstond op het moment dat de bv over onvoldoende middelen zou beschikken om de belastingen te kunnen betalen.

Het Gerechtshof Arnhem<sup>10</sup> oordeelt dat de belastingschuldige slechts de keuze heeft tussen tijdig zijn belasting-schuld betalen of melden dat hij niet kan betalen. Dit geldt ook indien de bv vanwege computerproblemen geen aangifte heeft kunnen doen. Het niet kun-

nen doen van aangifte ontheft de bv immers niet van de verplichting tot vol-doening of afdracht van de belasting aan de Ontvanger. De melding betalingsonmacht is ook verplicht indien de belastingschuldige niet betaalt, maar wel over voldoende middelen beschikt. De bestuurder is in privé aansprakelijk voor deze belastingschulden enkel vanwege het gegeven dat hij de betalingsonmacht niet tijdig heeft gemeld.

### Art. 58 Fw

De Rechtbank Haarlem oordeelt in zijn vonnis van 9 december 2010<sup>11</sup> dat de termijn die de curator op de voet van art. 58 lid 1 Fw aan een hypotheekhouder kan stellen, een redelijke dient te zijn. Alleen een termijn waarbinnen een redelijk voortvarend hypotheekhouder in staat is het hypotheekrecht uit te oefenen, kan als een redelijke termijn in voornoemde zin worden aangemerkt. De bank stelde in deze zaak dat er sprake is van door de curator gemaakte fouten in zijn beheer en gebruikte dan ook de rechtsgang van art. 69 Fw. Het is de taak van de rechter-commissaris om het beleid van de curator in volle omvang te toetsen.<sup>12</sup> Hieronder valt ook de vraag of een redelijke termijn is gesteld in het kader van art. 58 Fw. De rechtbank volgt de curator dan ook niet in zijn betoog dat het criterium van een redelijke termijn niet kan/mag worden gehanteerd in het kader van de toetsing ex art. 69 Fw. De curator had de bank een termijn van een maand gesteld om haar hypotheekrecht uit te oefenen, waarna de bank – aldus de rechter-commissaris – voldoende aannemelijk had gemaakt dat het feitelijk onmogelijk was om binnen een maand tot openbare verkoop over te gaan. Er kon ook niet gezegd worden dat de bank nodeloos stil had gezeten bij de uitoefening van haar rechten als separatist. Annotator Faber merkt in de noot op dat bij de beoordeling van de vraag of een aan de pand- of hypotheekhouder gestelde termijn redelijk is, in beginsel geen rekening dient te worden gehouden met de periode voorafgaand

7 Zie noot prof. mr. J.B. Wezeman onder noot 7.

8 HR 25 juni 2010, JOR 2010, 227.

9 Zie in dit verband ook de kritische noot van prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers onder dit arrest in *Ars Aequi* maart 2011, pp. 214 e.v. Zie verder ook over decharge in het algemeen mr. P.H.N. Quist, ‘Decharge I’, in: *WPNR* 2011/6885 en ‘Decharge II’, in: *WPNR* 2011/6886, en mv. mr. J.E. Brink-van der Meer, prof. mr. J.B. Huizink en mr. P.A. Ledebøer, ‘Dividend en decharge’, in: *WPNR* 2011/6874 met een reactie van mr. J. Barneveld, ‘Dividend, decharge & disculpatie’, in: *WPNR* 2011/6893, over decharge in de Flex-bv.

10 Gerechtshof Arnhem 20 april 2010, JOR 2010, 217.

11 Rb. Haarlem 9 december 2010 (M & M Holding/Kaas q.q.), JOR 2011, 201 m.nt. Faber.

12 HR 10 mei 1985, NJ 1985, 793.

En kan ik de verbintenis misschien ook voldoen door een andere door jou goedgekeurde... eh... prestatie?



aan de termijnstelling. Als uitgangspunt stelt hij dat dient te gelden dat een redelijke termijn pas begint te lopen op het moment waarop de pand- of hypotheekhouder de van de curator afkomstige termijnstelling ontvangt. Daarnaast merkt hij op dat overschrijding van een termijn die niet als redelijke termijn in de zin van art. 58 Fw kan worden aangemerkt, niet tot enige sancties leidt en dat ook van een verlenging door de rechter-commissaris geen sprake kan zijn. Onder omstandigheden kan er echter reden zijn om tegen het door de curator stellen van een niet-redelijke termijn op te komen, aldus Faber.

## Faillissementspauliana

### Onverplichte rechtshandeling

In het faillissement van Air Holland speelt de vraag of een kort voor de faillietverklaring van de werkgever door hem gesloten vaststellingsovereenkomst betreffende betaling van onder meer achterstallige salarissen – althans de ter uitvoering van die overeenkomst aan een garantiefonds verrichte betalingen – vernietigbaar is op grond van de faillissementspauliana (artt. 42 en 47 Fw). Anders dan het gerechtshof oor-

deelt de HR in zijn arrest van 3 december 2010<sup>13</sup> dat er voor Air Holland geen rechtsplicht bestond om de vaststellingsovereenkomst te sluiten omdat die overeenkomst slechts afspraken inhoudt over de wijze waarop zij haar betalingsverplichting jegens de vliegers zou nakomen. A-G Rank-Berenschot schrijft in zijn conclusie dat de schuldenaar verplicht is aan zijn verbintenis te voldoen door middel van de oorspronkelijk toegezegde prestatie. In geval van inbetalinggeving in de zin van art. 6:45 BW is hij daarnaast bevoegd – niet verplicht – de verbintenis te voldoen door middel van een andere, door de schuldeiser goedgekeurde prestatie. Moet de nadere afspraak tussen partijen evenwel gekwalificeerd worden als schuldvernieuwing of objectieve novatie, dan is van een onverplichte betaling geen sprake, maar kan de schuldvernieuwingsovereenkomst zelf een onverplichte rechtshandeling in de zin van art. 42 Fw opleveren.

Het vonnis van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht<sup>14</sup> Voorzieningenrechter Rb. Utrecht 23 april 2010 (Boers q.q./Kasberg Beheer c.s.), JOR 2011, 91. ten aanzien van een bodemver-

huurconstructie betrof de vraag of het sluiten van een overeenkomst van vuistpandrecht in casu nietig c.q. vernietigbaar was, omdat die rechtshandeling paulianeus zou zijn in de zin van art. 42 Fw. De Voorzieningenrechter oordeelde dat onvoldoende aannemelijk was dat voldaan was aan het vereiste van een 'onverplichte rechtshandeling' omdat er sprake was van de omzetting van een eerder verleend bezitloos pandrecht op huidige en toekomstige bedrijfsinventaris, vervoersmiddelen, voorraden, onderhanden werk en alle overige roerende zaken van failliet in een vuistpandrecht. In de eerdere notariële akte was de bevoegdheid opgenomen om te vorderen dat het bezitloze pandrecht zou worden omgezet in een vuistpandrecht indien het faillissement van failliet wordt gevraagd, waarvan ten tijde van de omzetting ook daadwerkelijk sprake was. Van een onverplichte rechtshandeling is dan ook geen sprake. Daarnaast oordeelde de Voorzieningenrechter het onvoldoende aannemelijk dat de rechtshandeling waarbij failliet had ingestemd met gedeeltelijke beëindiging van de huur van het bedrijfspand, paulianeus is. Er was, aldus de Voorzieningenrechter, sprake van een rechtshandeling om baat zodat de wetenschap van benadeling aan beide zijden dient te bestaan. Er was geen sprake van een bewijsvermoeden op

<sup>13</sup> HR 3 december 2010 (Ingwersen en Mulder q.q./Stichting Garantiefonds Vliegers Air Holland I), JOR 2011, 62.

<sup>14</sup> Voorzieningenrechter Rb. Utrecht 23 april 2010 (Boers q.q./Kasberg Beheer c.s.), JOR 2011, 91.

grond van art. 43 Fw en de curator had onvoldoende gesteld om te concluderen dat de wetenschap van benadeling van de schuldeisers zowel bij failliet als bij verhuurder aanwezig is geweest.

### Verplichte rechtshandeling en wetenschap van benadeling

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelt in zijn arrest van 23 februari 2010<sup>15</sup> dat betalingen aan de verhuurder van een failliete vennootschap zijn aan te merken als onverplichte rechtshandelingen. Het aangaan van de vaststellingsovereenkomst op grond waarvan de betalingen zijn verricht, was onverplicht. Bovendien zouden die betalingen ook zonder vaststellingsovereenkomst onverplicht zijn geweest, nu het gehuurde pas uiterlijk per 13 mei 2009 ontruimd en in oorspronkelijke staat diende te worden opgeleverd terwijl het faillissement van 21 april 2009 dateert. Gesteld noch gebleken is op grond waarvan verhuurder gerechtigd zou zijn betaling van facturen uit hoofde van herstelschade te verlangen of op grond waarvan de betalingen anderszins opeisbaar waren. Het hof merkt op dat betaling van een niet-opeisbare schuld een onverplichte rechtshandeling is in de zin van art. 42 Fw. Wetenschap van benadeling van schuldeisers is naar het oordeel van het hof aanwezig, nu verhuurder in zijn functie van bestuurder van een van de aandeelhouders van de failliete vennootschap aanwezig was bij een aandeelhoudersvergadering, waarin werd besloten tot het aanvragen van het faillissement. De gewraakte betalingen vonden enkele dagen nadien plaats.

In het vonnis van de Rechtbank Arnhem<sup>16</sup> inzake Aerts q.q./Rabobank en Fortis oordeelde de rechtbank dat de banken een verrekeningsbevoegdheid (art. 53 Fw) hadden geschapen terwijl zij wisten dat de faillissementen zouden worden aangevraagd, hetgeen zich niet verdraagt met de beperkte uitleg die aan art. 53 Fw dient te worden gegeven (vgl.

Tiethoff q.q./NMB<sup>17</sup>). Dat de verrekening heeft plaatsgevonden voordat het faillissement is uitgesproken, doet aan het voorgaande niet af nu de huurpenningen betrekking hadden op een periode na het faillissement, er tussen de te verrekenen vorderingen geen (of onvoldoende) verband bestond en de pandhouders een verrekeningsmogelijkheid hadden geschapen, terwijl zij wisten dat het faillissement van de belastingschuldenaar was aangevraagd. De banken waren namelijk een huurovereenkomst aangegaan teneinde zekerheden die zij hadden bedongen in verband met of op grond van een kredietarrangement respectievelijk factorovereenkomst, veilig te stellen (de zgn. bodemverhuurconstructie). Ook de rechtshandeling bestaande uit de afspraak dat de huurtermijnen vooraf betaald zouden worden, komt in strijd met art. 47 Fw waarmee schuldeisers worden benadeeld. Bij gebreke van deze afspraak zouden de huurtermijnen aan de boedel verschuldigd zijn, terwijl de tegenvorderingen van de banken in het faillissement ingediend moesten worden. Daarnaast zijn de toekomstige huurvorderingen verpand. Dat komt eveneens in strijd met art. 47 Fw, nu de banken zich daarmee ten opzichte van de overige schuldeisers in een voordeliger positie hebben geplaatst. In de noot van Faber worden vijf uitspraken<sup>18</sup>, die alle (onder meer) betrekking hebben op een in het zicht van faillissement toegepaste bodemverhuurconstructie, besproken en gaat Faber in op de vraag of de bodemverhuurconstructie (dan wel onderdelen daarvan) met een beroep op de actio pauliana of een vordering uit onrechtmatige daad kan worden bestreden. Hij concludeert dat het zaak blijft om behoedzaam te opereren en dat de HR zich op een aantal punten nog dient uit te spreken. De huurovereenkomst zelf en in dat kader de verpanding en verrekening van de bij vooruitbetaling verschuldigde huur en het doorberekenen (en verrekenen) van de kosten van de bodemverhuurconstructie aan de pandgever kunnen

in voorkomend geval tot benadeling van schuldeisers leiden.

### Samenspanning

In het vonnis van Rechtbank Rotterdam van 24 februari 2010<sup>19</sup> werd geoordeeld dat er sprake was van samenspanning tussen failliet en gedaagde in de zin van art. 47 Fw. Failliet verkocht de activa van haar dochter voor een bedrag van 250.000 euro waarvan een bedrag van 175.000 euro werd doorbetaald aan gedaagde ter voldoening van een opeisbare schuld. Gedaagde was ten tijde van deze betaling prioriteitsaandeelhouder van de latere failliet en hield een belang van 76,25 procent in failliet. Blijkens correspondentie maakte zij feitelijk de dienst uit bij failliet, bepaalde zij het betalingsverkeer volledig en was zij op de hoogte van de slechte financiële situatie. Gedaagde eiste van failliet dat de opbrengst van de verkoop van de activa van de dochters op een rekening van een notaris kantoor zou worden gestort terwijl op voorhand zou worden ingestemd met doorstorting door de notaris van de opbrengst naar een rekening van gedaagde. Het was de bestuurder van failliet bovendien expliciet verboden met de bank te spreken over de verkoop van de activa en over de verdeling van de daarvoor te ontvangen middelen. Er was dan ook sprake van de voor toepassing van art. 47 Fw benodigde samenspanning, dat wil zeggen dat bij zowel failliet als bij gedaagde de bedoeling heeft voorgezeten gedaagde door deze betaling boven andere schuldeisers te begunstigen en andere schuldeisers te benadelen, aldus de rechtbank. Ook in het vonnis van de Rechtbank Utrecht van 29 september 2010<sup>20</sup> werd samenspanning aangenomen. Het ging in die zaak om twee rechtshandelingen waartegen de curator opkwam op grond van de faillissementspauliana ex artt. 42 en 47 Fw. Ten eerste was aan de echtgenote van de bestuurder van failliet in plaats van de oorspronkelijk overeengekomen geldsom een iMac gegeven. Die echtge-

15 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 23 februari 2010 (Van Erp/Henselmans q.q.), *JOR* 2011, 195.

16 Rb. Arnhem 13 oktober 2010 (Aerts q.q./Rabobank Rijn en Vallei UA en Fortis Commercial Finance NV), *JOR* 2011/95.

17 HR 22 december 1989 (Tiethoff q.q./NMB), *NJ* 1990, 661 en HR 10 januari 1975, *NJ* 1976, 249.

18 *JOR* 2011, 91, 92, 93, 94 en 95.

19 Rb. Rotterdam 24 februari 2010 (Cools q.q./Meespierson Informal Opportunity Fund bv), *JOR* 2011, 89.

20 Rb. Utrecht 29 september 2010 (21 Vermaire q.q./Schalkwijk-Bauw), *JOR* 2011, .



note was voordien ook zelf bestuurder en enig aandeelhouder van thans failliet geweest. De rechtbank oordeelde dat met het afgeven van de iMac een andere prestatie was geleverd dan waartoe zij verplicht was. De verkoop van de iMac met verrekening van de koopprijs met het bedrag van de uitstaande lening was onverplicht en daarom rechtmatig door de curator vernietigd. Bovendien waren in de periode voordat het faillissement werd uitgesproken geldebetalen aan de echtgenote gedaan ter terugbetaling van een lening. De rechtbank oordeelde dat het voor de bestuurder van failliet duidelijk moet zijn geweest dat er onvoldoende middelen waren om alle schuldeisers af te lossen. Immers, er waren al lange tijd geen bedrijfsinkomsten meer omdat de bedrijfsactiviteiten stillagen en door het feit dat een aan failliet uitgekeerd bedrag na een gevoerde juridische procedure ontoereikend was om alle schuldeisers te voldoen. De benadeling van andere schuldeisers door het volledig aflossen van de lening van de echtgenote is daarmee een gegeven. Vanwege de betrokkenheid van de echtgenote bij failliet – als voormalig bestuurder, aandeelhoudster, echtgenote van de bestuurder en crediteur van failliet – is het ongeloofwaardig dat zij niets wist van die benadeling. De rechtbank oordeelt dan ook dat er sprake is van samenspanning in de zin van art. 47 Fw.

## Art. 2:403 BW

In de zaak van Gerechtshof Amsterdam<sup>21</sup> oordeelt het hof dat uit oogpunt van rechtszekerheid en een redelijke verdeling van verantwoordelijkheden en risico's meer gewicht dient toe te komen aan de – niet ingetrokken – 403-verklaring van de moedervennootschap H waarmee zij de onderhavige aansprakelijkheid heeft aanvaard, dan aan de omstandigheid dat de bank heeft geweten – althans had kunnen weten – dat er voor Hoeveholding geen reden was om de aansprakelijkheid te handhaven. In casu betreft

het een 403-verklaring die moeder H van de in 1998 uitgevaren dochter intrekt op 14 december 2007. Voorts was moeder H de mening toegedaan dat de ratio van de 403-verklaring het beschermen betreft van externe handelscrediteuren en niet het beschermen van de financierende banken. Dit verweer wordt verworpen. In de afgegeven 403-verklaring was er geen uitzondering gemaakt voor schulden aan banken. Daarnaast overweegt het hof dat de wettekst ook geen uitzondering maakt voor bepaalde soorten schulden uit rechtshandelingen. In dezelfde kwestie heeft het Gerechtshof Amsterdam eveneens op 12 januari 2010<sup>22</sup> geoordeeld met betrekking tot een vordering van de curator van een failliete ex-dochter S jegens de moeder H. Ook dochter S behoorde sinds 1998 niet meer tot de H-groep. Volgens de curator behoort het instellen van een rechtsvordering jegens H namens de gezamenlijke handelscrediteuren van S tot zijn bevoegdheid. Het hof oordeelt echter dat het instellen van een vordering jegens een derde ten behoeve van de gezamenlijke handelscrediteuren van S op grond van de 403-verklaring buiten de bevoegdheid van de curator valt. Annotator Bartman merkt ter zake beide uitspraken op dat het hof een harde algemene regel formuleert: niet knabbelen aan de rechtszekerheid bij een 'vergeten' 403-verklaring.

## Inbewaringstelling ex art. 87 Fw

### Tenuitvoerlegging

Failliet komt in hoger beroep op tegen een beschikking waarbij een inbewaringstelling ex art. 87 Fw is bevolen. Het bevel tot inbewaringstelling is ruim zes weken na de beschikking, tijdens het hoger beroep, nog niet ten uitvoer gelegd, terwijl het van rechtswege uitvoerbaar bij voorraad is. In tegenstelling tot het hof oordeelt de HR<sup>23</sup> dat zolang

de tenuitvoerlegging nog geen aanvang heeft genomen, het bevel zijn rechtskracht behoudt. Het hoeft niet onmiddellijk ten uitvoer te worden gelegd. Het is in beginsel aan de curator, met het oog op hetgeen het belang van de boedel in dit verband vordert, om te beslissen of en wanneer hij tot tenuitvoerlegging zal laten overgaan. Op de curator rust geen verplichting toe te zien op onmiddellijke tenuitvoerlegging.

### Stilzitten curator

De uitspraak van het Gerechtshof Arnhem<sup>24</sup> betreft een geval waarbij failliet in bewaring is gesteld omdat hij niet voldeed aan zijn uit art. 105 Fw voortvloeiende informatieplicht. De rechtbank heeft de inbewaringstelling met dertig dagen verlengd. Failliet komt hiertegen in hoger beroep. Het hof dient voor de vraag of er gronden zijn om de inbewaringstelling voort te zetten, mede op grond van het bepaalde in art. 5 EVRM, het recht op persoonlijke vrijheid van de gefailleerde – dat zwaarder weegt naarmate de vrijheidsberoving langer duurt – af te wegen tegen de bij de inbewaringstelling betrokken belangen. Het hof oordeelt dat de curator op goede gronden de antwoorden van failliet te vaag, inconsistent en onvolledig acht, zodat het belang van de curator bij het voortzetten van het dwangmiddel bewaring in principe diende te prevaleren. Echter, de curator heeft na de verlenging van de inbewaringstelling verzuimd nadere concrete vragen te stellen waardoor failliet niet in staat is gesteld een einde te maken aan zijn inbewaringstelling. De belangen van de failliet dienen in dit specifieke geval dan ook zwaarder te wegen, zodat de inbewaringstelling onmiddellijk is beëindigd.

## Verificatie

De vordering die door een schuldeiser is ingediend in het faillissement is om enigerlei reden niet op de crediteurenlijst geplaatst. Voorts is in het proces-verbaal van de verificatievergadering opgeno-

22 Gerechtshof Amsterdam, 12 januari 2010, *JOR* 2010, 94.

23 Hoge Raad 's-Gravenhage 5 maart 2010, *JOR* 2010, 360.

21 Gerechtshof Amsterdam 12 januari 2010, *JOR* 2010, 93.

24 Gerechtshof Arnhem 12 augustus 2010, *JOR* 2011, 131.

men dat de betreffende schuldeiser niet op de verificatievergadering is verschenen. De schuldeiser verzoekt aanpassing van het proces-verbaal, zodat de vordering alsnog kan worden geverifieerd, hetgeen wordt afgewezen. Tegen deze beslissing staat geen hoger beroep open. De procedure tot verbetering van het proces-verbaal van de verificatievergadering als bedoeld in art. 137 lid 2 Fw ziet op herstel van kennelijke fouten in het proces-verbaal van de verificatievergadering die zich voor eenvoudig herstel lenen en kan niet ertoe dienen om alsnog vorderingen te verifiëren. Aangenomen moet dan ook worden dat een beslissing van de rechtbank op een verzoek als in art. 137 lid 2 Fw bedoeld, behoort tot de naar hun inhoud administratieve beslissingen die door de rechter genomen worden in het kader van de vereffening van de boedel waarop art. 85 Fw het oog heeft. Daartegen staat dan ook geen hoger beroep open.<sup>25</sup>

Indien ter verificatievergadering de verificatie van een vordering die tijdig is ingediend, is verzuimd, kan de desbetreffende schuldeiser in verzet komen tegen de uitdelingslijst (art. 186 Fw). Echter, dit kan de afwikkeling van het faillissement onwenselijk vertragen. Om reden van praktische aard neemt de HR aan dat op de vergadering van schuldeisers ex art. 178 Fw (extra vergadering op verzoek van schuldeisers) ook vorderingen kunnen worden geverifieerd die tijdig waren ingediend maar ter verificatievergadering niet aan de orde zijn geweest.<sup>26</sup>

## Restitutie bij beëindiging

Een bv heeft al haar bestaande en toekomstige vorderingen verpand aan de ING Bank. Een dag later wordt aan de bv surseance verleend, veertien dagen later gevolgd door haar faillietverklaring.

<sup>25</sup> HR 19 november 2010, *JOR* 2011, 61, r.o. 4.  
<sup>26</sup> R.o. 5.2.

De curator beëindigt een aantal overeenkomsten van de bv met derden. De hieruit voortvloeiende restitutievorderingen worden op de faillissementsrekening gestort. De bank en curator twisten over de vraag of de restitutievorderingen onder het pandrecht van de bank vallen. Doorslaggevend is of de vorderingen ten tijde van de surseanceverlening bestonden of toekomstig waren. De Rechtbank Haarlem in eerste aanleg en de HR<sup>27</sup> in sprongcassatie volgen de curator en zijn van mening dat de vorderingen ten tijde van de surseanceverlening toekomstig waren. De HR overweegt 'dat vorderingen tot restitutie voor de toepassing van art. 35 lid 2 Fw worden aangemerkt als vorderingen die ontstaan door de opzegging, zodat de schuldeiser die vorderingen pas op dat moment verkrijgt. Er is bij opzegging van een overeenkomst dus geen sprake van een reeds voordien ontstane vordering tot restitutie onder de opschortende voorwaarde van opzegging'. De restitutievorderingen zijn derhalve niet aan de bank verpand.

<sup>27</sup> HR 3 december 2010 (ING/Nederend), *JOR* 2011, 63, r.o. 3.5.

'ik zal mij moeten beroepen op meldingsonmacht ...'



## Beslag

Ten aanzien van beslagen goederen geldt art. 33 Fw, dat inhoudt dat alle gelegde beslagen komen te vervallen bij de faillietverklaring. In het arrest van 13 juli 2010<sup>28</sup> heeft de HR met verwijzing naar zijn arrest uit 1963<sup>29</sup> geoordeeld over de toepasselijkheid van art. 33 Fw op strafrechtelijk beslag uit hoofde van art. 94 Sv. Een beslag ex art. 94 Fw ziet op het in bewaring nemen voor het doen van nader onderzoek en is derhalve geen conservatoir beslag tot het zekerstellen van verhaalsmogelijkheden in de zin van art. 94d Sv. In het arrest uit 1963 stelde de HR dat 'het stelsel van de Faillissementswet meebrengt dat het faillissement, als algemeen beslag, in de plaats treedt van de maatregelen van executie die tevoren de schuldeisers afzonderlijk konden nemen. Dit komt onder meer tot uitdrukking in art. 33 Fw, volgens hetwelk het vonnis van faillietverklaring ten gevolge heeft dat alle gerechtelijke tenuitvoerlegging een

<sup>28</sup> HR 13 juli 2010, *JOR* 2010, 327.  
<sup>29</sup> HR 8 november 1963, *NJ* 1964, 144.

einde neemt en gelegde beslagen vervallen.’ Volgens de Rechtbank Amsterdam, wiens overweging de HR volgt, dient het strafvorderlijk beslag ex art. 94 Sv andere doelen dan het verhalen van een vordering. Om die reden valt dit beslag buiten de reikwijdte van art. 33 Fw en eindigt een zodanig beslag volgens de regels van het Wetboek van Strafvordering. De HR neemt daarnaast de wetsgeschiedenis mee in zijn oordeel. De HR legt de overwegingen in samenhang met art. 94d lid 3 Sv zo uit dat moet worden aangenomen dat in geval van faillissement van de beslagene een op voet van art. 94a Sv gelegd conservatoir beslag wel vervalt, maar een op voet van art. 94 Sv gelegd beslag niet. Zo’n beslag dient immers de waarheidsvinding in strafzaken dan wel de veiligstelling van voorwerpen en heeft derhalve geen verband met de positie van de overheid als schuldeiser. Een beslag ex art. 94 Sv vervalt dan ook niet door een faillissement.

## Dwangakkoord ex art. 287a Fw

Een man vordert primair een dwangakkoord jegens zijn vijf schuldeisers – waaronder het UWV – en subsidiair toelating tot de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen. De man heeft wgens het verstrekken van onjuiste informatie aan het UWV ten onrechte een (te hoge) uitkering genoten, hetgeen het UWV als onverschuldigd betaald terugvordert. Het UWV weigert in te stemmen met het akkoord omdat de socialezekerheidswetgeving en de beleidsregels zich daar onder deze omstandigheden tegen verzetten. De man heeft de rechtbank verzocht het UWV te bevelen in te stemmen met het akkoord. De rechtbank heeft dit toegewezen omdat de man voldoende heeft aangetoond dat het akkoord alle schuldeisers een beter perspectief biedt dan een schuldsaneringsregeling. In hoger beroep heeft het hof dit vonnis bekrachtigd, waarna het UWV in cassatie gaat. De HR oordeelt dat de omstandigheden dat het UWV op grond van de socialezekerheidswetgeving

wordt verplicht tot terugvordering van het onverschuldigd betaalde en dat het UWV in de daarin omschreven gevallen niet mag meewerken aan een vrijwillig buitengerechtelijk akkoord, niet weggenomen dat de rechter onder de in art. 287a Fw vermelde voorwaarden bevoegd is het UWV te bevelen in te stemmen met een schuldregeling. Bij de beoordeling of hij een daartoe strekkend bevel zal geven, dient de rechter niet alleen de belangen te betrekken van het UWV, maar ook die van de andere schuldeisers en de schuldenaar.<sup>30</sup> Het hof heeft volgens de HR (begrijpelijk) gemotiveerd dat het de weigering onevenredig acht.<sup>31</sup>

## Internationale aspecten

Op 11 december 2009 heeft de HR<sup>32</sup> geoordeeld over de vraag aan de hand van welk recht moet worden beoordeeld wat de gevolgen zijn van het in België uitgesproken faillissement van PdC op een in Nederland aanhangige procedure, waarin PdC door HBU wordt aangesproken tot betaling van een geldsom. De gevolgen van de insolventieprocedure op een lopende rechtsvordering worden beheerst door het rechtssysteem van de lidstaat waar de rechtsvordering aanhangig is. Een en ander bracht mee dat het geding in cassatie krachtens art. 29 Fw is geschorst. Diezelfde maand oordeelt de HR<sup>33</sup> over de vraag of de Nederlandse rechter op grond van het bepaalde in art. 3 van de Insolventieverordening internationaal bevoegd is om kennis te nemen van het ingediende verzoek op 29 april 2009 tot faillietverklaring van een vof. Betreffende vof zou met ingang van 1 januari 2009 opgeheven zijn en de rechtsverhouding van verzoeker zou overgegaan zijn op een Poolse onderneming te Polen, waar beide Poolse vennoten inmiddels zouden wonen en werken. Het hof was tot het feitelijk oor-

deel gekomen dat de vof ten tijde van de faillissementsaanvraag nog niet was opgeheven omdat er geen sprake was van een voltooide vereffening. In aanmerking genomen dat de voornaamste belangen van de vof in Nederland lagen, was de Nederlandse rechter bevoegd om de insolventieprocedure te openen. Faillietverklaring van de vof heeft noodzakelijkerwijs het faillissement van de vennoten ten gevolge. Maar nu vaststaat dat het centrum van de voornaamste belangen van de vennoten in Polen ligt, gelden de gevolgen van de insolventieprocedure voor hen alleen ten aanzien van hun goederen die zich op Nederlands grondgebied bevinden.

In de procedure van Prism Investments tegen de curator Van der Meer van Arilco Holland bv, waarin onder de EEX-Verordening exequatur wordt gevraagd op een arrest van het Hof van Beroep te Brussel, ging het om de vraag of exequatur kan worden geweigerd op de grond dat reeds is voldaan aan de bij het arrest uitgesproken veroordeling. Het Hof van Beroep had Prism veroordeeld tot betaling van 1.048.232,30 euro aan Arilco Holland bv. De HR verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen uitleg te geven over de volgende vraag: ‘Verzet art. 45 EEX-Verordening zich ertegen dat de rechter die oordeelt over een rechtsmiddel, bedoeld in art. 43 of 44 van die verordening, de verklaring van uitvoerbaarheid weigert of intrekt op een andere dan een in art. 34 en 35 van de verordening genoemde grond die is aangevoerd tegen de tenuitvoerlegging van de uitvoerbaar verklaarde beslissing en die zich heeft voorgedaan nader deze beslissing was gegeven, zoals de grond dat is voldaan aan die beslissing?’ In casu voert Prism het materiële verweer dat zij reeds bij wege van verrekening aan de veroordeling in arrest waarvoor het exequatur was verleend had voldaan. De HR als verwijzende rechterlijke instantie vraagt zich aldus af of dit beroep op verrekening in het tegen de uitvoerbaarverklaring ingestelde rechtsmiddel in aanmerking mag worden genomen. Op 16 juni 2011 heeft A-G Kokott geconcludeerd dat art. 45 EEX-Verordening zich hiertegen verzet.

30 Hoge Raad 's-Gravenhage 9 juli 2010, *JOR* 2010, 364.

31 R.o. 3.6.5.

32 HR 11 december 2010, *JOR* 2010, 50.

33 Hoge Raad 22 december 2010, *JOR* 2010, 247.