

# Kroniek Insolventie- recht



## INHOUD

Pauliana » Pandrecht » Cessie- en verpandingsverbod » Bestuurdersaansprakelijkheid »  
De 2:403-verklaring » Bodembeslag » Verrekening » Concernfinanciering, hoofdelijkheid, borgstelling  
en regres » Turbolidiquidatie » Failliete moedermaatschappij » Beslag » Internationale aspecten »  
Opzeggen overeenkomst » Art. 52 Fw » Relativering arbeidsovereenkomst »  
Doorstart na faillissement » Schuldsanering

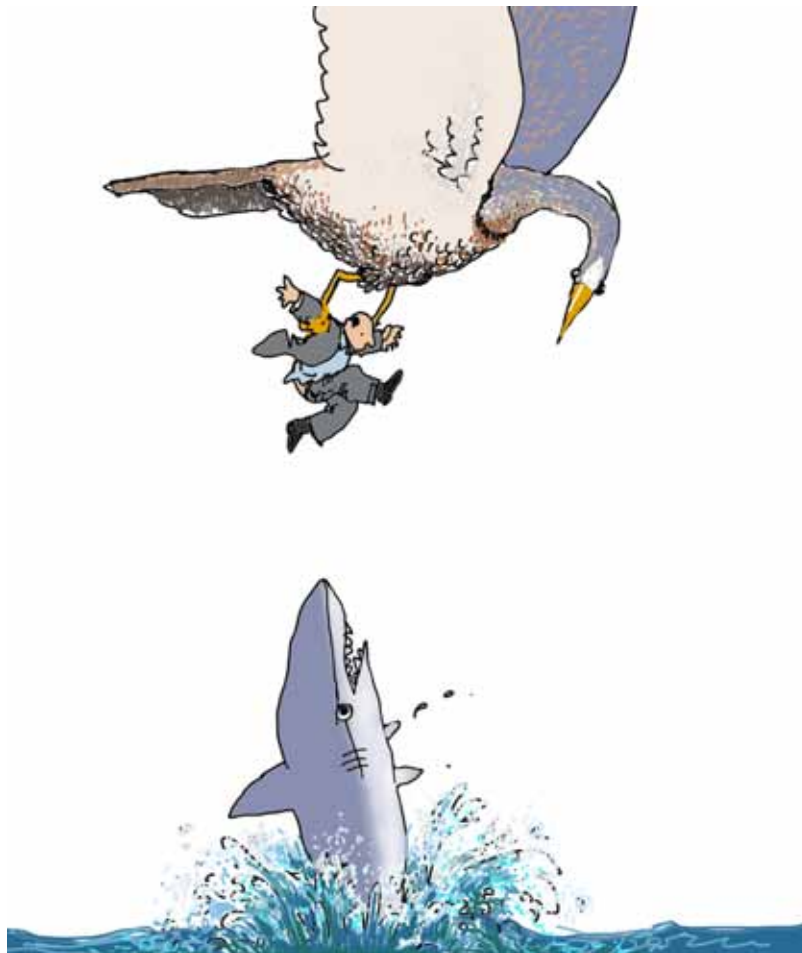
In deze kroniek worden de voor de rechtsontwikkeling in 2012 belangrijkste nieuwe arresten van de HR en voor de praktijk relevante lagere rechtspraak behandeld.

Inge Beulen, Floris Dix, Aubrey Klerks-Valks, Jaap van der Meer, Jacklien Quirijnen en Suzan Winkels-Koerselman.<sup>1</sup>

## Pauliana

In een door de Hoge Raad op 13 april 2012 beslecht geval<sup>2</sup> heeft Ammerlaan in 1996 een vordering op Van Staalduinen aan Ammerlaan Beheer gecedeerd. Na het faillissement van Ammerlaan in 2006 heeft de curator die cessie ex art. 42 Fw buitengerechtelijk vernietigd. Ammerlaan Beheer heeft daarin berust. De curator spreekt Van Staalduinen aan tot betaling van de vordering, die zich verweert met de stelling dat de curator niet-ontvankelijk is in zijn vordering, omdat de berusting door Ammerlaan Beheer onbevoegdlijk zou zijn geschied. De HR maakt met die stelling korte metten. Als een partij berust in de vernietiging van een rechtshandeling, dan zal de daarbij betrokken derde (in dit geval Van Staalduinen) in beginsel als vermoeden hebben te laten gelden dat aan de eisen voor vernietiging is voldaan en het daarmee beoogde rechtsgevolg is ingetreden. Het ligt dan op de weg van die derde om feiten en omstandigheden aan te dragen en te bewijzen om dat vermoeden te ontzenuwen. In dit geval had Van Staalduinen daartoe onvoldoende bewijzen aangevoerd.

Door het Hof Den Bosch en het Hof Arnhem<sup>3</sup> is in een samenhangende zaak bepaald dat een juridische (af)splitsing conform art. 2:334a e.v. BW niet vernietigbaar is op grond van art. 42 Fw. Als gevolg van die splitsing was onder meer een met een derde hypotheek bezwaarde onroerende zaak ter waarde van ruim 8 miljoen euro uit het vermogen van failliet verdwenen. In de in de wet (art.



2:334u BW) opgenomen limitatieve lijst van vernietigingsgronden staat de pauliana niet vermeld. Met verwijzing naar de memorie van toelichting, overige parlementaire stukken en de considerans bij de Zesde EG-Richtlijn van 17 december 1982<sup>4</sup> gaat het Hof Den Bosch ervan uit dat de mogelijkheid van vernietiging zeer strikt moet worden uitgelegd en dat art. 2:334u BW als een *lex specialis* een beroep op de pauliana uitsluit. Het Hof Arnhem voegt daaraan toe dat schuldeisers voldoende bescherming wordt geboden door publicatievoorschriften, verzetsrechten en aansprakelijkheidsregels in Titel 7 van Boek 2 BW.

## Pandrecht

Banken maken steeds vaker gebruik van een constructie waarbij pandrechten door middel van verzamel-pandakten worden gevestigd. Door de bank wordt dagelijks een alomvattende onderhandse pandakte opgemaakt en bij de Belastingdienst geregistreerd, waarbij alle cliënten van de bank al hun bestaande en toekomstige vorderingen uit dan reeds bestaande rechtsverhoudingen aan de bank verpanden. Bij het opmaken en ondertekenen van de pandakte worden kredietnemers door de bank vertegenwoordigd op grond van eerder verleende (onherroepelijke) volmachten. Met het

1 Allen werkzaam bij Turnaround Advocaten te Best.  
2 HR 13 april 2012, *JOR* 2012, 237, *NJ* 2012, 445 (Staalduinen/Tiethoff q.q.).  
3 Hof 's-Hertogenbosch 27 maart 2012, *JOR* 2013, 301 (Schreurs q.q. – Favini Real Estate) en Hof Arnhem 25 september 2012, *JOR* 2012, 343, m.nt. Nagtegaal.

4 Zesde EEG-Richtlijn van de raad inzake het vennootschapsrecht, *PbEG* 31 december 1982, L 278; 82/891/EEG.

arrest-Dix q.q./ING<sup>5</sup> bevestigt de HR de rechtsgeldigheid van deze constructie.

In het arrest-Rabobank/Kézér<sup>6</sup> bepaalt de HR dat het onmogelijk is om toekomstig creditsaldo op een bankrekening bij voorbaat stil te verpanden. Ook het 'te goeder trouw'-begrip als bedoeld in art. 54 Fw komt in dit arrest aan bod. In deze zaak heeft failliet, Zon, tot zekerheid van terugbetaling van het krediet van de Rabobank, stille pandrechten op onder meer haar (bestaande en toekomstige) vorderingen gevestigd. De laatste pandakte is op 18 november 2003 geregistreerd, dezelfde dag waarop de Rabobank het krediet met onmiddellijke ingang heeft opgezegd en betaling heeft gevorderd van het aan haar verschuldigde bedrag. Nadien ontvangt Zon gelden op een bankrekening van een andere bank dan de Rabobank. Deze betalingen zijn afkomstig van de aan de Rabobank stil verpande debiteuren van Zon. Door betaling is het pandrecht op deze vorderingen echter tenietgegaan. De gelden worden vervolgens overgeboekt naar de Rabobank die daarna overgaat tot verrekening. De curator vordert betaling van de Rabobank van de overgeboekte bedragen nu de Rabobank redelijkerwijs niet meer kon geloven in de levensvatbaarheid van Zon – zijnde een feitelijke kwestie die het hof heeft aangenomen – bij ontvangst van betreffende bedragen. Nu de verpande vorderingen zijn betaald op een rekening bij een andere bank dan de pandhouder, komt de verrekeningsbevoegdheid uit het arrest-Mulder q.q./CLBN<sup>7</sup> niet voor toepassing in aanmerking. Gelet op de hiervoor genoemde wetenschap ex art. 54 Fw is het de Rabobank niet toegestaan te verrekenen.

In het arrest van Hof Arnhem<sup>8</sup> krijgt de bank van kredietnemer op 4 maart 2008 pandlijsten aangeleverd, die door de bank op 11 maart 2008 ter registratie worden aangeboden. Tegelijk wordt op 4 maart 2008 het krediet opgezegd,

waarna de bank de vorderingen op 7 maart 2008 aan een derde verkoopt en cedeert. Het hof oordeelt dat het feit dat de bank – die op moment van registratie (11 maart 2008) geen pandhouder meer was – als pandhouder staat vermeld en de lijst heeft aangeboden, niet afdoet aan de rechtsgeldigheid van de registratie. Voor de verkrijger van de pandrechten op de gecedeerde vorderingen is redelijkerwijs uit het samenstel van de akten te begrijpen dat de pandlijst tot vestiging van pandrechten op vorderingen is bedoeld. De vorderingen op de pandlijsten van 4 maart 2008 zijn dus rechtsgeldig verpand aan deze derde.

## Cessie- en verpandingsverbod

Hof Amsterdam heeft in Intergamma/Coface<sup>9</sup> over een kwestie buiten faillissement geoordeeld, maar dit arrest is deels relevant voor de insolventierechtpraktijk. Het betreft de vraag welke werking een cessieverbod in algemene voorwaarden heeft. Met verwijzing naar Oryx/Van Eesteren<sup>10</sup> heeft het hof, bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel, bepaald dat een dergelijk contractueel verbod, ook voor wat betreft een verpandingsverbod, zo moet worden uitgelegd dat daarmee niet slechts verbintenisrechtelijke werking, maar ook goederenrechtelijke werking is beoogd. Er is cassatie tegen dit arrest ingesteld en de HR zal waarschijnlijk op korte termijn arrest wijzen in deze kwestie.

Kan een vordering waarvan alleen de overdracht en niet uitdrukkelijk de verpanding is uitgesloten, worden verpand? Die vraag is menigmaal gesteld, maar is nog steeds niet door de HR beantwoord. Op 19 december 2012 heeft de Rechtbank Arnhem<sup>11</sup> zich over deze vraag uitgela-

ten. De rechtbank overweegt dat niet zonder meer kan worden aangenomen dat een vordering die alleen onoverdraagbaar is gemaakt niet kan worden verpand. Dat zou volgens de rechtbank niet uit het wettelijke systeem of uit de jurisprudentie volgen.<sup>12</sup> Volgens annotator Steneker is deze overweging opmerkelijk te noemen, aangezien art. 3:228 BW uitdrukkelijk bepaalt dat een pandrecht alleen kan worden gevestigd op een overdraagbaar goed.<sup>13</sup> Steneker stelt aan het einde van zijn noot dat er echter veel voor valt te zeggen om art. 3:228 BW voor verpanding van vorderingen niet te letterlijk te nemen, althans wanneer in het beding alleen de overdracht en niet ook de verpanding is uitgesloten.

## Bestuurdersaansprakelijkheid

Het arrest-Huisman q.q./Hoskens<sup>14</sup> (bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW ter zake aanvang van de verjaringstermijn om de bestuurder aansprakelijk te stellen) wordt in deze kroniek niet behandeld, omdat deze al uitgebreid aan de orde is gekomen in de Kroniek Aansprakelijkheidsrecht<sup>15</sup>.

In een drietal uitspraken over bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW wordt door rechtbank en gerechtshoven aangeknoopt bij de maatstaf uit het arrest-Ontvanger/Roelofsen<sup>16</sup>, inhoudende dat de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt indien komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan opgetreden schade.

5 HR 3 februari 2012, *JOR* 2012, 200, *NJ* 2012, 261 (Dix q.q./ING).

6 HR 17 februari 2012, *JOR* 2012, 234, *NJ* 2012, 605 (Rabobank/Kézér q.q.).

7 HR 17 februari 1995, *NJ* 1996, 471 (Mulder q.q./CLBN).

8 Hof Arnhem 13 maart 2012, *JOR* 2012, 300.

9 Hof Amsterdam, 17 juli 2012, *JOR* 2012, 340 (Intergamma/Coface).

10 HR 17 januari 2003, *JOR* 2003, 52 m.n. Rongen (Oryx/Van Eesteren).

11 Rechtbank Arnhem 19 december 2012, *JOR* 2013, 219, m.nt. A. Steneker.

12 Rechtbank Arnhem 19 december 2012, *JOR* 2013, 219, m.nt. A. Steneker, r.o. 4.4.

13 Rechtbank Arnhem 19 december 2012, *JOR* 2013, 219, m.nt. A. Steneker, nr. 6.

14 HR 4 mei 2012, *JOR* 2012, 349 m.nt. Leijten (Huisman q.q./Hoskens).

15 *Advocatenblad Kronieken* nr. 2/2013.

16 HR 8 december 2006, LJN: AZ0758 (Ontvanger/Roelofsen).

Ten eerste in een vonnis van de Rechtbank Amsterdam<sup>17</sup>, waarin de rechtbank concludeert dat uit de geschetste gang van zaken niet blijkt dat het bestuur wist of redelijkerwijs had moeten weten dat de onderneming KPNQwest niet zou overleven. Integendeel, uit de gehele gang van zaken blijkt dat alle partijen er steeds vanuit zijn gegaan dat er een reële kans bestond dat KPNQwest ook in een teruglopende markt zou kunnen blijven voortbestaan. De rechtbank komt dan ook tot de slotsom dat niet is komen vast te staan dat de bestuurder en de overige leden van het managementteam ter zake van de hun verweten gedragingen een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt, zodat geen gronden bestaan hen aansprakelijk te houden.<sup>18</sup>

Ten tweede in het tussenarrest van Hof Amsterdam<sup>19</sup>, waarin de maatstaf uit Ontvanger/Roelofsen wordt toegepast op een vordering ter zake van vermeende betalingsonwil bij een statutair bestuurder/feitelijk leidinggevende. Het hof oordeelt dat niet als uitgangspunt kan worden aanvaard dat een bestuurder in beginsel gehouden is zijn privévermogen ter beschikking te stellen als (tijdelijke) voorziening tegen liquiditeitsnood van de door hem geleide vennootschap, ook niet indien de bestuurder eerder als geldschietter van de vennootschap heeft gefungeerd. Daarnaast zal de omstandigheid dat een bestuurder zich niet heeft ingespannen om van anderen aanvullende financiering te krijgen slechts onder bijzondere omstandigheden het oordeel kunnen dragen dat hem persoonlijk een ernstig verwijt treft. Indien de bestuurder van een in geldnood verkerende vennootschap constateert dat met de op dat moment beschikbare financiën niet alle crediteuren (volledig) zullen kunnen worden voldaan, moet hem een zekere vrijheid worden gelaten om de crediteu-



ren van wie de vennootschap het meest afhankelijk is voor voortzetting van haar bedrijvigheid met voorrang te (laten) betalen.

Ten slotte in een arrest van Hof 's-Gravenhage<sup>20</sup>, waarin schuldeisers een bestuurder aansprakelijk stellen, omdat deze zou hebben toegelaten dat een medewerker grote sommen geld aan de vennootschap onttrok, waardoor hun vorderingen onbetaald en onverhaalbaar bleken. De vordering van de schuldeisers slaagt, omdat de bestuurder een handelwijze heeft toegelaten waarvan hij wist of behoorde te weten dat deze tot gevolg zou kunnen hebben dat de vennootschap niet aan haar verplichting tot terugbetaling van de schuldeisers zou kunnen voldoen en daarvoor geen verhaal zou bieden, terwijl hij maatregelen had moeten nemen tegen het handelen van de werknemer.

De HR<sup>21</sup> heeft in 2012 wederom een arrest gewezen inzake bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 36 IW 1990, aangaande de melding betalingsonmacht. De HR bevestigt zijn eerdere arrest<sup>22</sup> dat een redelijke wetsuitleg meebrengt dat met betrekking tot een belasting, waarvoor een tijdige en correcte melding van betalingsonmacht is gedaan, niet opnieuw een melding van betalingsonmacht behoeft te worden gedaan zolang nog sprake is van een betalingsachterstand, tenzij de ontvanger de belasting-schuldige na ontvangst van een betaling schriftelijk laat weten de betalingsonmacht niet langer aanwezig te achten. Dit geldt tevens voor andere over dezelfde of latere tijdvakken verschuldigde belasting(en). Van strijdigheid van de re-

17 Rechtbank Amsterdam 25 april 2012, *JOR* 2012, 177.

18 In dit vonnis was ook de vraag aan de orde welk recht de vordering beheerste. De rechtbank past de Wet conflictenrecht onrechtmatige daad en niet de Wet conflictenrecht corporaties toe. Aangezien de schadeveroorzakende gebeurtenis vóór 11 januari 2009 is ingetreden, de datum waarop de Rome II Verordening in werking is getreden, was die verordening aldus nog niet toepasselijk.

19 Hof Amsterdam 14 februari 2012, *JOR* 2012, 209.

20 Hof 's-Gravenhage 17 april 2012, *JOR* 2012, 280.

21 HR 21 september 2012, *JOR* 2012, 379 (X./Staatssecretaris van Financiën).

22 HR 16 maart 2007, *JOR* 2007, 131 (Ontvanger/Rijntjens).

geling van art. 36 lid 4 IW 1990 met art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM is in dit geval geen sprake.

## De 2:403-verklaring

In een door het Hof 's-Hertogenbosch<sup>23</sup> beslecht geschil is opnieuw nadere invulling gegeven aan de reikwijdte van art. 2:403 BW. Inalfa houdt alle aandelen in Mastertools en heeft zich in het kader van een 2:403-verklaring hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor de schulden uit rechtshandelingen van Mastertools. Mastertools verkoopt een fabriekstempel aan Metaalwarenfabriek Lentink. Er ontstaat onenigheid over de door Mastertools geleverde kwaliteit. Lentink ontbindt de koopovereenkomst en dient in rechte een vordering tot ongedaanmaking in bij Mastertools en Inalfa, bij laatstgemelde uit hoofde van de vermelde 2:403-verklaring. Inalfa en Mastertools gaan failliet. Lentink bereikt een schikking tegen finale kwijting met de curator van Mastertools en verhaalt het restant van haar vordering tot ongedaanmaking op de boedel van de curator van Inalfa. Die curator verweert zich met de stelling dat die schikking belet dat Lentink zich voor het restant van de vordering tot de curator van Inalfa kan wenden, gelet op het bijzondere karakter van de 2:403-verklaring. Het hof oordeelt echter, onder andere met verwijzing naar het arrest van de HR inzake AkzoNobel/ING<sup>24</sup>, dat het ter vrije keuze is van de schuldeiser om – in willekeurige volgorde – zowel de dochter als de moeder aan te spreken. De schikking heeft slechts tot gevolg dat de hoofdelijke schuld is verminderd met het betaalde bedrag van de schikking. Voorts vallen onder de reikwijdte van de 2:403-verklaring niet slechts aanspraken van schuldeisers die rechtstreeks uit een rechtshandeling voortvloeien maar ook

vorderingen tot ongedaanmaking en schadevergoedingen na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten.<sup>25</sup>

## Bodembeslag

In 2012 heeft de HR<sup>26</sup> de voortdurende discussie tussen fiscus en bank/lease-maatschappij over het bodemrecht nader beslecht in het voordeel van de fiscus. ABN AMRO Lease (hierna 'ABN') sluit in 2005 als lessor een financial lease-overeenkomst met Malatex met betrekking tot een tweetal aan ABN in eigendom toebehorende machines voor de fabricage van plastic. Op 5 oktober 2006 beëindigt ABN de lease wegens betalingsachterstanden van Malatex, onder gelijktijdige opeising van de machines en aanzegging dat zij niet meer mogen worden gebruikt. De machines worden niet daadwerkelijk teruggenomen. Op 17 oktober 2006 wordt Malatex failliet verklaard, zonder dat een afkoelingsperiode wordt afgekondigd. ABN verzoekt de curator om dadelijke terbeschikkingstelling van de machines. Op 26 oktober 2006 legt de fiscus executoriaal bodembeslag op de zich nog in de macht van de curator bevindende machines. ABN stelt dat het bodembeslag onrechtmatig is, omdat ABN in de zin van de Leidraad Invordering<sup>27</sup> als reële eigenaar moet worden aangemerkt door de opzegging van de leaseovereenkomst en opeising van de machines. De HR gaat daarin niet mee, nu die handelingen geen wijziging hebben aangebracht in de voor de Leidraad Invordering relevante aard van het eigendomsrecht van de machines, nu die zich nog op de bodem van Malatex bevinden. Het wel of niet daadwerkelijk afvoeren van de machines is voor de HR aldus essentieel. In zijn noot wijst Tekstra in dit verband nog op de afkoelingsperiode. Zou die zijn gelast, dan had het door ABN opeisen van de machines per

deurwaardersexploit het bodembeslag van de fiscus wel kunnen blokkeren.<sup>28</sup> Per 1 januari 2013 is dat als gevolg van het gewijzigde bodemrecht echter weer anders.<sup>29</sup>

## Verrekening

In het arrest van HR van 14 december 2012<sup>30</sup> komt art. 53 Fw aan bod. Aan failliet worden heffingen opgelegd op basis van een regeling die na datum faillissement, met terugwerkende kracht, in werking treedt. Deze situatie is aldus de HR niet vergelijkbaar met het geval waarin sprake is van een belastingschuld. In het geval van een belastingaanslag is de wet waarop de aanslag is gebaseerd reeds van kracht in de periode waarop de belastingaanslag betrekking heeft en op basis van die (bestaande) wet wordt (uiteindelijk) een aanslag opgelegd. In onderhavig geval treedt de heffingsverordening pas na faillissement in werking. De vraag is relevant in verband met de mogelijkheid van verrekening tijdens faillissement. Beslissend is dan ook of de schuld tot het betalen van heffingen voortvloeit uit de afwikkeling van een voor faillissement bestaande rechtsbetrekking. Uitgangspunt daarbij is, aldus de HR, dat krachtens vaste rechtspraak dit criterium niet te ruim dient te worden uitgelegd. Het enkele behoren tot een bepaalde industriële sector is onvoldoende om te kunnen spreken van een bestaande rechtsbetrekking. Er is dan ook niet voldaan aan het vereiste van art. 53 Fw.

<sup>28</sup> Zie art. 63c lid 2 en 241c lid 2 Fw.

<sup>29</sup> HR 9 november 2012, 2013, 29, m.nt. Tekstra: 'Onder het versterkte bodemrecht van art. 22bis IW 1990 per 1 januari 2013 is deze specifieke regeling voor de afkoelingsperiode echter feitelijk buiten werking gesteld. Uit het achtste lid van art. 22bis volgt namelijk dat de derde-eigenaar eerst de mededelingsprocedure van art. 22bis moet doorlopen voordat hij een deurwaardersexploit mag uitbrengen. Door de mededeling zal er juist aanleiding zijn bij de Ontvanger om bodembeslag te leggen.'

<sup>30</sup> HR 14 december 2012, JOR 2012, 123 (Van der Molen q.q./Productschap Vee en Vlees).

<sup>23</sup> Hof 's-Hertogenbosch 24 januari 2012, JOR 2012, 165, m.nt. Bertrams.

<sup>24</sup> HR 28 juni 2002, JOR 2002, 136, m.nt. Bartman (AkzoNobel/ING Bank).

<sup>25</sup> Parlementaire Geschiedenis Kamerstukken III 1005, Tweede Nota van wijzigingen, nr. 64.

<sup>26</sup> HR 9 november 2012, JOR 2013, 29, m.nt. Tekstra (ABN AMRO Lease/Ontvanger).

<sup>27</sup> Art. 22 par. 5 lid 4 Leidraad Invordering 1990 (thans art. 22.8.10 Leidraad Invordering 2008).

## Concern-financiering, hoofdelijkheid, borgstelling en regres

Op 13 juli 2012 heeft de HR de knoop doorgehakt: als geen afspraken zijn gemaakt over de interne draagplicht tussen hoofdelijke schuldenaren bij concernfinanciering, is er, anders dan uit een arrest van de HR uit 2003<sup>31</sup> en lagere rechtspraak is afgeleid<sup>32</sup>, geen draagplicht naar gelijke delen. Volgens de HR moet, om te bepalen wie welke draagplicht heeft, worden gekeken naar wie de lening heeft gebruikt of ten behoeve van wie deze ter beschikking is gekomen en naar de overige omstandigheden van het geval.

In aansluiting op het arrest-ASR/Achmea<sup>33</sup> overweegt de HR<sup>34</sup> in een belastingrechtelijke kwestie dat de uit een borgstellingsovereenkomst voortvloeiende verplichting een betaling te doen aan de crediteur van de hoofdschuldenaar als gevolg van art. 3.92 lid 1 Wet IB 2001 tot het werkzaamheidsvermogen behoort en de afwikkeling van die verplichting beheerst wordt door de bepalingen van de Wet IB 2001 met betrekking tot het resultaat uit overige werkzaamheden.<sup>35</sup> Hierdoor moet de verplichting van de borg aan die hoofdschuldenaar als ten grondslag liggend aan de regresvordering worden aangemerkt als een rechtstreeks samenhangende schuld in de zin van art. 3.92 lid 1 Wet IB 2001. Aangezien deze verplichting ontstaat

door het aangaan van de borgstelling, behoort zij reeds vanaf dat moment tot het werkzaamheidsvermogen.

In HR 20 januari 2012<sup>36</sup> stellen gelieerde vennootschappen geld ter beschikking aan de onderneming. De geldleningen worden vervolgens opgezegd en enige tijd later wordt door de gelieerde vennootschappen het faillissement van de onderneming aangevraagd. De onderneming stelt dat geen sprake is van een toestand van te hebben opgehouden te betalen, omdat de geldbedragen van de gelieerde vennootschappen het karakter hebben van een kapitaalverstrekking dan wel dat het achtergestelde leningen zijn. Hierbij wordt verwezen naar een eerdere uitspraak van de HR.<sup>37</sup> De gelieerde vennootschappen stellen echter dat sprake is van tijdelijke, kortlopende geldleningen

ter delging van liquiditeitskrapte. De rechtbank en het hof bepalen dat geen sprake is van kapitaalverstrekking en dat ook geen sprake is van achtergestelde leningen, aangezien er geen overeenkomst van achterstelling conform art. 3:277 lid 1 BW aan ten grondslag ligt. De HR verworpt het cassatieberoep met toepassing van art. 81 RO. A-G Langemeijer stelt vast dat door de HR tot dusver niet is aanvaard dat bij het vaststellen van de rangorde van de schuldeisers in een faillissement, een vordering uit geldlening door een aandeelhouder of door een andere vennootschap binnen dezelfde groep van ondernemingen wordt aangemerkt als een achtergestelde vordering zonder de in art. 3:277 lid 2 BW genoemde contractuele grondslag. In casu is die rangorde niet direct van belang. Veeleer is van belang wanneer de vorderingen van de gelieerde vennootschappen opeisbaar zijn. In casu waren beide vorderingen opeisbaar, waardoor het faillissement kon worden aangevraagd en uitgesproken.

## Turboliquidatie

Hof 's-Gravenhage<sup>38</sup> heeft ter zake een verzoek tot faillietverklaring van een reeds ontbonden vennootschap met verwijzing naar Adjuncten Properties/Söderqvist q.q.<sup>39</sup> geoordeeld dat wanneer is voldaan aan de vereisten tot faillietverklaring en er tevens summierlijk blijkt van feiten en omstandigheden, die voldoende aannemelijk maken dat er nog baten aanwezig zijn, het faillissement moet worden uitgesproken, ook al is de vennootschap reeds ontbonden. De rechtspersoon moet alsdan worden geacht te zijn blijven bestaan ter afwikkeling van het faillissement.

Voor een aansprakelijkstelling door de Ontvanger van zowel belastingschuldige als (en met name) een derde voor onbetaalde loon- en omzetbelasting, waar-

31 HR 18 april 2003, *JOR* 2003, 160, m.nt. Bartman (Rivier de Lek/Van de Wetering).

32 Rechtbank Almelo 2 maart 2011, *JOR* 2011, 166, m.nt. Bartman (SNI/ABN AMRO) en Rechtbank Haarlem 29 februari 2012, 2012, 202, m.nt. Bergervoet (Van der Meer q.q./Prodata Banking Solutions c.s.).

33 HR 6 april 2012, LJN: BU3784 (ASR/Achmea): zie G. de Jager e.a., 'Kroniek Aansprakelijkheidsrecht', 2013, nr. 2, p. 7. Dit arrest is voor de faillissementspraktijk van belang omdat dit mogelijk gevolgen kan hebben voor verpanding dan wel verrekening van een regresvordering in faillissement.

34 HR 14 september 2012, *JOR* 2012, 346.

35 HR 9 maart 2012, *JOR* 2012, 171.

36 HR 20 januari 2012, *JOR* 2012, 97.

37 HR 24 oktober 1997, *JOR* 1997, 147.

38 Hof 's-Gravenhage 6 september 2012, *JOR* 2013, 217 m.nt. Nethe. Voor wat betreft bestaan van mogelijke baten en de stel- en bewijsplicht daaromtrent bij turboliquidatie zie tevens Hof Arnhem, 8 mei 2012, 2013, 216 m.nt. Nethe.

39 HR 27 januari 1995, *MJ* 1995, 579 (Adjuncten Properties/Söderqvist q.q.).

bij de belastingschuldige bij gebrek aan baten is ontbonden (turboliquidatie), heeft de HR<sup>40</sup> bepaald dat de Ontvanger niet eerst opening van de vereffening van de belastingschuldige hoeft te vragen voordat hij de derde kan aanspreken. Ingebrekestelling van de belastingschuldige ex art. 49 lid 1 IW 1990 is in dat geval niet noodzakelijk.

## Failliete moedermaatschappij

De curator van een failliete moedermaatschappij is op grond van art. 68 Fw bevoegd om de rechten uit te oefenen die zijn verbonden aan de onder zijn beheer vallende aandelen in een dochtermaatschappij, voor zover dat past bij een goed beheer van de boedel. De vermogensrechtelijke belangen van de boedel moeten daardoor derhalve worden gediend. De curator kan dan ook als AvA van de dochtermaatschappij beslissen over de toestemming tot het aanvragen van het eigen faillissement van de vennootschap. Het bestuur is – behoudens andersluidende bepaling in de statuten – zonder opdracht van de AvA niet bevoegd aangifte te doen tot faillietverklaring. Dat betekent echter niet dat, wanneer in de statuten ter zake niet anders is bepaald, de AvA bevoegd is om, met voorbijgaan aan het bestuur, te besluiten tot het aanvragen van het eigen faillissement van de vennootschap.<sup>41</sup>

## Beslag

Hof Amsterdam<sup>42</sup> heeft bepaald dat in een verklaringsprocedure ex art. 477a Rv ook de curator met een negatieve boedel, die als executant een procedure tegen de derde-beslagene entameert, desverzocht zekerheid moet stellen als bepaald in lid 2. Het hof komt daartoe omdat niet in art. 477a Rv, noch in de Faillissements-



wet een bepaling aan te wijzen zou zijn waaruit volgt dat het betreffende gedeelte van lid 2 niet van toepassing zou zijn op de curator als executant.

Een boedelcrediteur legt executoriaal beslag op de boedelrekening voor zijn concurrente boedelvordering, bestaande uit een proceskostenveroordeling zijdens curator in een eerdere procedure. De curator verzoekt opheffing van dit beslag, omdat het boedelactief (eerst) benodigd zal zijn voor de voldoening van de preferente boedelcrediteuren. Hof 's-Gravenhage<sup>43</sup> overweegt dat doorgang van de executie daarom als bezwaar heeft dat een situatie kan ontstaan waarin appellat meer geld ten laste van de boedel ontvangt dan waar hij recht op heeft. Het belang van appellant om desondanks de executie te kunnen voortzetten is, gezien de feiten en omstandigheden, duidelijk van minder gewicht dan de belangen die worden gediend bij een juiste verdeling van het boedelactief, waarbij duidelijk is dat de aanspraken van alle betrokken crediteuren worden gerespecteerd. Het hof bekrachtigt het vonnis van de voor-

zieningenrechter, waarbij het beslag is opgeheven.

## Internationale aspecten

In HvJ EU<sup>44</sup> heeft de curator van een Duitse GmbH zijn rechtsoverdrachten ter zake een faillissementspauliana gecedeerd aan een vennootschap uit Litouwen. De wederpartij van de paulianeuze rechtshandeling is eveneens een Litouwse vennootschap. De rechtsvraag is of de bevoegdheid van de Litouwse rechter getoetst moet worden aan de EEX-verordening of de Insolventieverordening. Conform art. 1 lid 2 sub b EEX-Vo is de Insolventieverordening van toepassing op rechtsoverdrachten die rechtstreeks uit een insolventieprocedure voortvloeien én daarmee nauw samenhangen. Bepalend is de intensiteit van het verband tussen de betreffende rechtsoverdracht en de insolventieprocedure.<sup>45</sup> De rechts-

40 HR 11 mei 2012, JOR 2012, 241 m.nt. Tekstra.

41 Hof Arnhem, 23 maart 2012, JOR 2012, 203.

42 Hof Amsterdam 14 februari 2012, JOR 2012, 132 m.nt. Stenekker.

43 Hof 's-Gravenhage 23 oktober 2012, JOR 2013, 150 m.nt. Rijckenberg.

44 HvJ EU 19 april 2012, JOR 2012, 303, m.nt. Veder.

45 HvJ EU 12 februari 2009, JOR 2011, 340, m.nt. Veder (Seagon q.q./Deko Marty).

vordering uit hoofde van pauliana hangt volgens het HvJ EU niet nauw samen met de insolventieprocedure. Het HvJ EU overweegt daartoe dat de cessionaris, in tegenstelling tot de curator, vrij is het recht al dan niet uit te oefenen, dat de cessionaris in zijn eigen belang en te eigen bate handelt en dat het eindigen van de insolventieprocedure geen gevolg heeft voor de bevoegdheden van de cessionaris. Er is daarom niet voldaan aan de uitzonderingsbepaling van art. 1 lid 2 sub b EEX-Vo zodat de bevoegdheid van de Litouwse rechter aan de hand van de EEX-Verordening moet worden getoetst.

Het arrest van 22 november 2012<sup>46</sup> betreft de insolventie van een vennootschap naar Pools recht. Aangezien het centrum van de voornaamste belangen van de vennootschap in Frankrijk ligt, is daar een hoofdprocedure geopend. Het betrof een reorganisatieprocedure. De Franse rechter heeft een herstelplan bekrachtigd, waarmee de vennootschap uitstel van betaling krijgt. Vervolgens wordt de Poolse rechter verzocht een secundaire procedure te openen. Vraag is of de hoofdprocedure door de bekrachtiging van het herstelplan is geëindigd. Conform art. 4 IVO wordt het tijdstip van beëindiging van de procedure beoordeeld naar de lex concursus, in casu naar Frans recht. Geoordeeld wordt dat het feit dat de hoofdprocedure een saneringsdoel heeft niet wegneemt dat er een secundaire procedure kan worden geopend, die conform de Insolventieverordening een liquidatieprocedure moet zijn. De rechter die oordeelt over het openen van een secundaire procedure mag de insolventie van de schuldenaar niet meer toetsen, ook al is de hoofdprocedure een saneringsprocedure.

Rechtbank Maastricht<sup>47</sup> heeft zich over de rechtsmacht van de Nederlandse rechter ten aanzien van een Peeters/Gatzen-vordering<sup>48</sup> jegens de Belgische Fortis Bank uitgelaten. De curator kan in geval van benadeling voor de belangen van de gezamenlijke crediteuren opkomen, waarbij de opbrengst in de boedel valt

46 HvJ EU 22 november 2012, JOR 2013, 151.

47 Rechtbank Maastricht 1 augustus 2012, JOR 2013, 215.

48 HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597.



en daardoor aan de gezamenlijke crediteuren ten goede komt. De bevoegdheid van de curator tot het geldend maken van dergelijke vorderingen ontleent de curator aan de hem in art. 68 Fw gegeven opdracht tot beheer en vereffening van de failliete boedel. Nu de door de curator ingestelde vordering dus rechtstreeks voortvloeit uit de faillissementsprocedures van gefailleerden, is sprake van de uitzondering als bedoeld in art. 1 lid 2 sub b EEX-Vo, waardoor deze verordening niet van toepassing is. Op grond van het bepaalde in art. 3 en 25 IVO alsmede op grond van art. 6 sub e Rv heeft de Nederlandse rechter rechtsmacht.

## Opzeggen overeenkomst

Foto Noort c.s. sluit een huurkoopovereenkomst met AgfaPhoto Netherlands en een financieringsovereenkomst met AgfaPhoto Europe. AgfaPhoto Netherlands gaat failliet waardoor de met de huurkoopovereenkomst samenhangende verplichtingen om garantie en service te verlenen niet meer worden nagekomen. De huurkoopovereenkomst wordt door de curator niet gestand gedaan. Naar aanleiding hiervan ontbindt Foto Noort c.s. de financieringsovereenkomst met AgfaPhoto Europe. AgfaPhoto Eu-

rope stelt dat de financieringsovereenkomst niet kan worden ontbonden. De HR<sup>49</sup> overweegt ten aanzien hiervan dat het oordeel van het hof aldus moet worden verstaan dat, gelet op de nauwe feitelijk-economische samenhang tussen de overeenkomsten, de tekortkoming in de huurkoopovereenkomst naar redelijkheid en billijkheid de gevorderde ontbinding van de financieringsovereenkomst rechtvaardigt, ook al is de ontbinding van de huurovereenkomst niet uitdrukkelijk mede gevorderd. Dit oordeel geeft volgens de HR niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.<sup>50</sup>

## Art. 52 Fw

Op 23 maart 2012 handhaaft de HR<sup>51</sup> het oordeel van 28 april 2006<sup>52</sup> dat de bank geen bescherming ex art. 52 Fw geniet wanneer de bank uitvoering geeft aan betalingsopdrachten verstrekt door failliet op datum faillietverklaring.

## Relativering arbeids-overeenkomst

De HR<sup>53</sup> heeft, anders dan het hof heeft overwogen, bepaald dat wanneer een middellijk enig aandeelhouder tevens middellijk bestuurder van een vennootschap een arbeidsovereenkomst heeft gesloten met de onderneming die later failliet gaat, deze arbeidsovereenkomst niet kan worden gerelativeerd in die zin dat deze vanaf het moment van de eigen faillissementsaanvraag niet meer valt aan te merken als een arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 40 Fw. Dit kan anders zijn wanneer het gaat om de statutair bestuurder van failliet<sup>54</sup> maar dat is in casu niet het geval.

49 HR 20 januari 2012, JOR 2012, 98.

50 HR 20 januari 2012, JOR 2012, 98, r.o. 3.5.3.

51 HR 23 maart 2012, JOR 2012, 278.

52 HR 28 april 2006, JOR 2006, 223.

53 HR 13 juli 2012, JOR 2012, 307.

54 HR 15 april 2005, JOR 2005, 144.





## Doorstart na faillissement

Rechtbank Leeuwarden<sup>55</sup> heeft geoordeeld over de handelwijze van een curator, die reeds uitvoering had gegeven aan een weliswaar rechtsgeldig tot stand gekomen koopovereenkomst, maar waarbij nog niet was voldaan aan de opschortende voorwaarden van toestemming van de rechter-commissaris en pandhouder. De rechtbank oordeelde dat, in het geval dat een doorstart wordt overwogen via een activatransactie, er in het belang van de boedel zowel ten aanzien van de gegadigden voor de overname als bij de afwikkeling van de overdracht sprake dient te zijn van een transparante, consistente en zorgvuldige procedure. Gelet op de handelwijze van de curator in dezen is niet komen vast te staan dat de belangen van de boedel optimaal zijn behartigd door de bestaande koopovereenkomst en de afwikkeling daarvan. De rechtbank oordeelt dat deze handelwijze geen beheer van de boedel is in het belang van de bij de boedel betrokken belanghebbenden, zodat de curator wordt veroordeeld om opnieuw te onderhandelen met een derde partij.

55 Rechtbank Leeuwarden, 30 maart 2012, *JOR* 2012, 336.

## Schuldsanering

Over alle goederen van de schuldenaren – echtelieden – is een beschermingsbewind ingesteld. Tevens zijn zij toegelaten tot de schuldsaneringsregeling die door de rechtbank echter tussentijds beëindigd wordt. Schuldenaren stellen hiertegen hoger beroep in en het hof acht hen ontvankelijk, waarbij in aanmerking wordt genomen een overgelegde brief van de beschermingsbewindvoerder waarin deze instemt met het door schuldenaren ingestelde hoger beroep. Vervolgens wordt cassatie in het belang der wet ingesteld. De procureur-generaal stelt namelijk dat het hof het recht geschonken heeft door voor de ontvankelijkheid voldoende te achten dat het beroep door de schuldenaren is ingesteld en dat de beschermingsbewindvoerder per brief hiermee heeft ingestemd. Uit het arrest blijkt niet (voldoende) of het hof op grond van die latere brief de beschermingsbewindvoerder als medeappellant heeft beschouwd en waarom het hof die brief daartoe voldoende heeft geacht. De HR oordeelt dat de regeling van het bewind als bedoeld in art. 1:431 lid 1 BW niet meebrengt dat de beschermingsbewindvoerder de schuldenaar in rechte dient te vertegenwoordigen bij een verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsre-

geling en evenmin dat die schuldenaar slechts samen met de beschermingsbewindvoerder bevoegd is zo'n verzoek in te dienen. Voorts is geoordeeld dat indien het standpunt van de beschermingsbewindvoerder onvoldoende bekend is, de beschermingsbewindvoerder door de rechter dient te worden opgeroepen teneinde te worden gehoord op een dergelijk verzoek. Dat geldt eveneens bij de behandeling van een rechtsmiddel tegen een beslissing tot tussentijdse beëindiging van de schuldsaneringsregeling op de voet van art. 350 Fw.<sup>56</sup>

Art. 288 lid 2 aanhef en onder b Fw bepaalt dat een verzoek tot toelating tot de schuldsanering dient te worden afgewezen wanneer een poging tot een buitengerechtelijke schuldregeling niet is uitgevoerd door een persoon of instelling als bedoeld in art. 48 lid 1 van de Wet op het consumentenkrediet (Wck). Verzoekers stellen dat art. 288 lid 2 aanhef en onder b Fw niet aan toewijzing van een verzoek in de weg staat in geval de poging tot buitengerechtelijke schuldregeling is uitgevoerd door een persoon of instelling die beschikt over een NEN-8048-certificaat en de verklaring als bedoeld in art. 285 lid 1 onder f Fw is afgegeven door het college van B&W. De HR<sup>57</sup> gaat hierin niet

56 HR 25 mei 2012, *NJ* 2012, 545.

57 HR 6 januari 2012, *JOR* 2012, 66.

mee omdat de honorering van dit middel erop neer zou komen dat de rechter de in art. 48 lid 1 onder d en art. 48 lid 2 Wck gegeven regelgevende bevoegdheid gaat uitoefenen. Daartoe is uitsluitend de regering bevoegd.

De HR<sup>58</sup> oordeelt over de vraag of de aanspraak van een (voormalige) saniet op een deel van de nalatenschap van haar moeder die na het eindigen van de schuldsaneringsregeling is verkregen, in de boedel valt. Conform art. 295 lid 1 Fw omvat de boedel zowel de goederen die de schuldenaar bij toelating tot de schuldsaneringsregeling bezit als de goederen die hij tijdens de toepassing van de schuldsaneringsregeling verkrijgt. De schuldsanering eindigt met het aflopen

van de in art. 349a Fw bedoelde termijn van (in beginsel) drie jaar. Goederen die de schuldenaar eerst verkrijgt na afloop van de in art. 349a Fw bedoelde termijn, behoren niet tot de boedel. Er is geen sprake van een nagekomen bate in de zin van art. 356 lid 4 j° art. 194 Fw, nu het niet gaat om een bate die voor het einde van de schuldsanering is opgekomen maar pas nadien bekend is geworden.

Het HvJ EU<sup>59</sup> overweegt dat een nationale regeling die aan toekenning van een schuldsaneringsmaatregel de voorwaarde verbindt dat de schuldenaar woonplaats moet hebben in de betreffende lidstaat, een beperking oplevert van het vrije verkeer van werknemers en daarmee in strijd is met art. 45 VWEU.

Rechtbank Assen<sup>60</sup> ten slotte overweegt dat, in verband met par. 6.3 onder e van de Recofa-richtlijnen, daadwerkelijk gewerkte uren die vanwege onvoldoende actief niet kunnen worden uitbetaald, in beginsel niet als basis kunnen dienen voor de salarisvaststelling van de curator. Ter zake daarvan zal daarom niet in het faillissement noch in de schuldsanering een boedelschuld ontstaan. Indien en voor zover de rechtbank het salaris van de curator ook bij onvoldoende actief zou vaststellen op de daadwerkelijk gewerkte uren, dan zou deze boedelschuld in het faillissement van de commanditaire vennootschap niet ook gelden als boedelschuld in de schuldsaneringsregeling van de beherende vennoot.

58 HR 24 februari 2012, JOR 2013, 50.

59 HvJ EU 8 november 2012, NJ 2013, 152.

60 Rechtbank Assen 16 februari 2012, JOR 2013, 17.

