

Kroniek Insolventie- recht

Net als voorgaande jaren is de kroniek op het insolventierechtelijke gebied opgesteld. De voor de rechtsontwikkeling in 2013 belangrijkste nieuwe arresten van de Hoge Raad en voor de praktijk relevante lagere rechtspraak worden behandeld.



*Jaap van der Meer, Floris Dix, Suzan Winkels-Koerselman, Aubrey Klerks-Valks,
Mandy van Brunschot-van der Sanden, Inge Beulen, Jacklien Quirijnen en Arjen van Haandel¹*

**Actio Pauliana » Bestuurdersaansprakelijkheid » Pandrecht » Cessie- en verpandingsverbod » Termijnstelling ex artikel 58 Fw »
Faillissementsaanvraag/ontstaan faillissement » Artikel 23 Fw » Bodemrecht fiscus » 403-verklaring » Non-concurrentiebeding
» Overgang van onderneming » Faillissement en overeenkomst » Artikel 39 Fw » Dwangsommen: Aansprakelijkheid curator
(q.q. en/of pro se) » Aansprakelijkheid doorstarter » Kredietopzegging bank » Bankgarantie » Formeel insolventierecht » Inter-
nationale aspecten » Schuldsanering**

ACTIO PAULIANA

De Hoge Raad oordeelt in het arrest-HR Roeffen q.q./Jaya¹ over de stelplicht en bewijslast voor de curator bij een beroep op de faillissementspauliana van artikel 42 Faillissementswet ('Fw'). De Hoge Raad overweegt dat het wettelijk bewijsvermoeden van artikel 43 lid 1 aanhef en onder 2 Fw (voldoening of zekerheidsstelling voor een niet-opeisbare schuld) betrekking heeft op de wetenschap van benadeling van schuldeisers en niet op de benadeling zelf. Het bewijsvermoeden is een uitzondering op de stelplicht en bewijslast op grond van artikel 42 Fw en mag niet ruim worden uitgelegd. Het vindt zijn rechtvaardiging in het verdachte karakter van de rechtshandeling, wat erop berust dat de handelingen waarop het bewijsvermoeden betrekking heeft, gewoonlijk zullen worden verricht in het volle bewustzijn dat de schuldeisers erdoor benadeeld worden. Een dergelijk karakter kan niet op voorhand worden toegeschreven aan de rechtshandeling waarin bij het aangaan van een nieuwe kredietrelatie zekerheid wordt bedongen voor de verschaffing van krediet (ruimte), zonder dat van voorafgaande kredietverlening tussen dezelfde partijen sprake is.

In het arrest-HR Eringa q.q./ABN AMRO² oordeelt de Hoge Raad dat de omzetting van een stil pandrecht op roerende zaken in een vuistpandrecht (door middel van een bodemverhuurconstructie) een feitelijke handeling is, die dan ook niet kan worden vernietigd ex artikel 42 Fw – dat alleen op rechtshandelingen ziet. Dit oordeel lijkt inmiddels echter achterhaald, gelet op de meldingsplicht van artikel 22bis Iw



1990, die inhoudt dat een separatist aan de fiscus melding moet maken van het aanstaande in vuistpand nemen, zodat de fiscus alsdan voor die tijd bodembeslag kan leggen. Voor zover de separatisten zich aan die regel houden, zal een vernietiging op grond van de faillissementspauliana dan niet meer zo snel aan de orde komen. Daarnaast oordeelt de Hoge Raad dat de verplichting voor de bank om huur te betalen in verband met de bodemverhuurconstructie niet een overgenomen schuld in de zin van artikel 54 Fw is, maar een schuld van haarzelf als huurder. Artikel 54 Fw is dan ook niet van toepassing.

Het arrest-HR Van Leuveren q.q./ING³ lijkt het voorlopige sluitstuk op de reeks van arresten inzake verpanding van vorderingen en de actio Pauliana. Het gaat hier om de situatie dat een kredietnemer tot zekerheid van al hetgeen hij aan een bank schuldig is en zal wor-

den, zich door middel van een (stam) pandakte verbindt zijn toekomstige vorderingen op derden aan deze bank te verpanden. Daarbij bedingt de bank een onherroepelijke volmacht om de vorderingen daadwerkelijk aan zichzelf te verpanden. Dit gebeurt vervolgens door middel van dagelijkse registratie van een verzamel pandakte, waarbij de bank namens al haar pandgevers alle vorderingen aan zichzelf verpandt. Deze constructie is eerder al door de Hoge Raad gesanctioneerd.⁴ In dit arrest komt de Hoge Raad tot het oordeel dat de volmachtverlening door de pandgever geen onverplichte rechtshandeling in de zin van artikel 42 Fw is, nu deze uitsluitend moet worden beschouwd als uitvoering van de in die stampandakte neergelegde verplichting tot verpanding, ook al was deze specifieke wijze van uitvoering van de verplichting tot verpanding niet overeengekomen. Voor de vaststelling van de datering van de akte waarin de titel voor de verpanding ligt besloten en van de akte waarbij de volmacht is verleend is het niet noodzakelijk dat deze documenten worden geregistreerd. De eerdere datering kan blijken uit de registratie van deze documenten, maar zij kan ook op andere wijzen worden aangenomen. Bij betwisting van de datering ligt het in beginsel op de weg van degene die zich op de akte beroept, om de juistheid van de datering te bewijzen, aldus de Hoge Raad.

In het faillissement van Air Holland speelde voorts de volgende vraag. Air Holland sloot als werkgever kort voor faillietverklaring een vaststellingsovereenkomst met een garantiefonds voor het doen van betalingen van onder meer achterstallige salarissen. Daarop zijn een aantal betalingen verricht. De vraag was of deze constructie vernietigbaar was op grond van de artikel 42 of 47

1 HR 29 november 2013, *JOR* 2014, 213, m.nt. R.J. van der Weijden; *NJ* 2014, 9 (Roeffen q.q./Jaya).

2 HR 21 juni 2013, *JOR* 2013, 320, m.nt. B.A. Schuijling; *NJ* 2014, 272, m.nt. H.J. Sniijders (Eringa q.q./ABN AMRO).

3 HR 1 februari 2013, *JOR* 2013, 155, m.nt. B.A. Schuijling en N.E.D. Faber; *NJ* 2013, 156, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Van Leuveren q.q./ING).

4 HR 3 februari 2012, *JOR* 2012, 200 (Dix q.q./ING).

Fw. De Hoge Raad oordeelde in een eerder arrest⁵ dat de vraag of er voor Air Holland een rechtsplicht bestond om de vaststellingsovereenkomst te sluiten – anders dan het gerechtshof had aangenomen – niet bevestigend kan worden beantwoord. Die overeenkomst houdt immers slechts afspraken in over de wijze waarop zij haar betalingsverplichting jegens de vliegers zou nakomen. De Hoge Raad heeft het geding vervolgens verwezen naar het Gerechtshof Den Haag, die opnieuw de vraag moest beantwoorden of voor Air Holland een rechtsplicht bestond om de vaststellingsovereenkomst te sluiten. In het arrest dat daarop door het Gerechtshof Den Haag⁶ is gewezen komt het hof tot het oordeel dat Air Holland niet verplicht was om een vaststellingsovereenkomst met dergelijke inhoud aan te gaan. Er is dus sprake van een onverplicht verrichte rechtshandeling in de zin van artikel 42 Fw. Daaruit volgt dat ook de ter uitvoering van die overeenkomst gedane betaling aan het garantiefonds onverplicht is. Het hof overweegt daartoe dat de betaling door Air Holland aan het garantiefonds weliswaar tot (eind)doel had om de opeisbare salarissen van Air Holland aan de vliegers te betalen, maar dat die betaling zelf niet een voldoening door Air Holland van die opeisbare salarissen jegens de vliegers vormde. Daarom kan het standpunt dat de vaststellingsovereenkomst geen verdere strekking had dan om ‘praktische afspraken’ te maken omtrent de wijze waarop Air Holland aan haar bestaande verplichtingen jegens de individuele vliegers zou voldoen, ook niet worden gevolgd.

In een vonnis van de Rechtbank Rotterdam⁷ vordert een curator schadevergoeding op grond van artikel 6:162



BW, omdat de latere failliet een deel van haar onderneming *going concern* heeft verkocht en binnen een jaar na deze overdracht failliet gaat. De curator onderbouwt zijn stelling dat deze overdracht onrechtmatig is, want niet tegen een reële koopsom, met een beroep op artikel 42 Fw. De rechtbank oordeelt dat de (werkelijke) waarde van de prestatie van de verkopende partij (de latere failliet) de prestatie van de overnemende partij aanmerkelijk overtreft, zodat de curator een beroep toekomt op artikel 43 Fw, omdat er sprake is van benadeling. Omdat de overnemende partij niet slaagt in het leveren van tegenbewijs tegen het vermoeden van wetenschap van benadeling, komt de rechtbank tot het oordeel dat is voldaan aan de vereisten van artikel 42 Fw. Vervolgens oordeelt de rechtbank dat voor beantwoording van de vraag of het aangaan

van de koopovereenkomst ook onrechtmatig is jegens de schuldeisers, het van belang is of degene die aangesproken wordt ten tijde van de gewraakte handeling ernstig rekening had moeten houden met de mogelijkheid van een tekort. De rechtbank oordeelt dat dit in casu zo was, zodat er sprake is van onrechtmatig handelen jegens de schuldeisers in het faillissement. Vervolgens beoordeelt de rechtbank wat de schade is die door de boedel is geleden. De rechtbank overweegt dat niet valt in te zien dat de curator de verkochte activa na faillissement had kunnen verkopen tegen de onderhandse verkoopwaarde. Er wordt dan ook uitgegaan van de liquidatiewaarde. Aangezien de overnemende partij 110 procent van de liquidatiewaarde heeft betaald, is er geen sprake van schade op de voet van artikel 6:162 BW, aldus de rechtbank. Wel dient de overnemende partij de goodwillwaarde van na datum faillissement te vergoeden, nu vaststaat dat voor de goodwill geen vergoeding is betaald. Om de hoogte daarvan vast te stellen wordt een deskundige aangesteld. Annotator Damminga merkt in zijn noot onder het vonnis terecht op dat het opvallend is dat de rechtbank de vraag of er sprake is van benadeling in de zin van artikel 42 Fw bevestigend beantwoordt, terwijl zij de vraag of sprake is van schade in de zin van artikel 6:162 BW ontkennend beantwoordt.

Door de Hoge Raad⁸ is voorts bepaald dat vernietiging van een splitsing van vennootschappen niet mogelijk is op grond van artikel 42 Fw. De splitsing is immers specifiek geregeld in artikel 2:334u BW, dat slechts beperkte mogelijkheden kent om een splitsing te vernietigen. Omdat door toepassing van artikel 42 Fw deze specifieke regels worden ontlopen, zou daardoor afbreuk worden gedaan aan de rechtszekerheid die de regeling beoogt te dienen.

⁵ HR 3 december 2010, *JOR* 2011, 62.

⁶ Hof Den Haag 2 april 2013, *JOR* 2014, 138 (Stichting Garantiefonds Vliegers Air Holland / Ingwersen en Mulder q.q.).

⁷ Rb. Rotterdam 10 juli 2013, *JOR* 2013, 321 m.nt. S.R. Damminga (Hamm q.q./PH Care Holding).

⁸ HR 20 december 2013, *NJ* 2014, 222, m.nt. P. van Schilfgaarde.

BESTUURDERS- AANSPRAKELIJKHEID

In 2013 zijn kort na elkaar twee arresten door de Hoge Raad geweest, die meer duidelijkheid geven over de werking van het publicatieverzuim van jaarrekeningen in de zin van artikel 2:138/248 lid 2 BW.⁹ In het eerste arrest had de bestuurder van Apeldoornse Asbestsanering BV (hierna 'AA') de jaarrekening 2003 pas op 28 februari 2005 openbaar gemaakt, derhalve 28 dagen te laat. De curator in het faillissement van AA sprak de bestuurder ex artikel 2:248 lid 1 en 2 BW aan voor het volledige tekort in het faillissement van AA. De bestuurder verweerde zich met de stellingen dat de te late publicatie het gevolg was van een misverstand tussen hem en de boekhouder. Voorheen publiceerde de boekhouder altijd tijdig. Als gevolg van dyslexie had de bestuurder niet gezien dat de jaarrekening 2003 op zijn huisadres was ontvangen en in een verhuisdoos was beland. Ook waren de ondernemingsactiviteiten al in de loop van 2003 gestaakt en had AA slechts twee handelscrediteuren die in 2003 al geen zaken meer met AA deden. Met het laatste wilde de bestuurder aangeven dat het belang bij openbaarmaking zodanig betrekkelijk was dat dit een onbelangrijk verzuim oplevert in de laatste zin van artikel 2:138/248 lid 2 BW. De Hoge Raad gaat hierin echter niet mee. Er hangt een zodanig gewicht aan de publicatieplicht dat schending daarvan er op zichzelf op wijst dat ook voor het overige de bestuurder zijn taak niet behoorlijk heeft vervuld. Er zou volgens de Hoge Raad wel sprake kunnen zijn van een onbelangrijk verzuim indien de bestuurder daarvoor een aanvaardbare verklaring zou kunnen geven. In lijn met vaste rechtspraak van

de Hoge Raad¹⁰ overweegt de Hoge Raad dat een onbelangrijk verzuim afhangt van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder de redenen die tot de termijnoverschrijding hebben geleid. Er moeten hogere eisen worden gesteld naarmate de termijnoverschrijding langer is. De stelplicht en bewijslast rusten op de bestuurder. Het doet er volgens de Hoge Raad niet toe dat die omstandigheden in de risicosfeer van de bestuurder liggen, zoals het hof had geoordeeld. Nu het niet-publiceren is terug te voeren tot een misverstand dat een aanvaardbare verklaring voor het niet-publiceren had kunnen opleveren, casseert de Hoge Raad het arrest van het Gerechtshof Arnhem en verwijst terug naar het Gerechtshof Amsterdam. De Hoge Raad is dus streng als het gaat om de publicatieplicht als zodanig, maar lijkt wat ruimte te gunnen aan de bestuurder als het gaat om verklaarbare redenen voor de termijnoverschrijding.

Kort na dit arrest doet de Hoge Raad weer een uitspraak over de werking van het publicatieverzuim.¹¹ In dit tweede arrest is de groep van Verify vennootschappen op 28 juli 2005 failliet verklaard. De jaarstukken 2003 van Verify International Holding (hierna 'VIH') en Verify Nederland (hierna 'VN') zijn tien dagen te laat gepubliceerd en de jaarstukken van Verify Europe (hierna 'VE') zijn ruim zes maanden te laat gepubliceerd. De bestuurder gaf als reden voor de termijnoverschrijding van tien dagen dat de accountant uitsluitend gewerkt heeft aan een *due diligence* onderzoek van één van de Verify vennootschappen en daarom niet toekwam aan het opstellen van de jaarstukken. Voor specifiek VE stelde de bestuurder dat de termijnoverschrijding van ruim zes maanden slechts voor drie weken

samenviel met de periode dat hij daarvan bestuurder was. Het hof oordeelde in beide gevallen dat sprake was van een onbelangrijk verzuim. De Hoge Raad is het met het hof eens ter zake de termijnoverschrijding van tien dagen, met dezelfde overwegingen als bij het arrest inzake AA. De Hoge Raad casseert echter het arrest van het hof met betrekking tot de termijnoverschrijding van zes maanden met de overweging dat het onbelangrijk verzuim in de laatste zin van artikel 2:248 lid 2 BW ziet op het (voltallige) bestuur en niet op het aandeel van de individuele bestuurder in de onbehoorlijke taakvervulling. Het hof diende derhalve de gehele periode van ruim zes maanden in zijn beoordeling van het onbelangrijk verzuim te betrekken. Na verwijzing zal het hof ook het beroep van de individuele bestuurder op disculpatie en matiging op de voet van artikel 2:248 lid 3 en 4 BW dat hem ter zake de termijnoverschrijding geen verwijt treft, moeten toetsen.

PANDRECHT

Hof Amsterdam¹² buigt zich in 2013 opnieuw¹³ over de vraag hoe groot de reikwijdte van artikel 3:239 BW is en met name ter zake het verpanden van toekomstige vorderingen uit al dan niet bestaande rechtsverhoudingen. In casu werd oorspronkelijk tussen partijen overeengekomen dat een volledige tanker zou worden gebouwd en geleverd. Deze overeenkomst werd middels een addendum zodanig gewijzigd dat er slechts een casco schip zou worden geleverd. Het hof oordeelt daarover dat de oorspronkelijke overeenkomst zodanig was gewijzigd, dat dit leidde tot een ander karakter van de overeenkomst en dat daarmee een andere rechtsverhouding tussen partijen is ontstaan. Daaruit

9 HR 12 juli 2013, *JOR* 2013, 300, m.nt. Van Andel; *NJ* 2013, 401 (Apeldoornse Asbestsanering) en HR 1 november 2013, *JOR* 2013, 336, mnt. Van Andel; *NJ* 2014, 7, m.nt. Van Schilfgaarde (Verify).

10 HR 2 februari 1996, *NJ* 1996, 406 en HR 20 oktober 2006, *JOR* 2006, 288, m.nt. Y. Borrius; *NJ* 2007, 2 m.nt. J.M.M. Maeijer.

11 HR 1 november 2013, *JOR* 2013, 336, m.nt. Van Andel; *NJ* 2014, 7, m.nt. Van Schilfgaarde (Verify).

12 Hof Amsterdam 19 februari 2013, *JOR* 2013, 290, m.nt. J.M. Atema.

13 Zie ook Hof Amsterdam 14 augustus 2012, *JOR* 2013, 289.



volgt volgens het hof dat een (deel van de) betaling voor de casco voortvloeide uit de nieuwe rechtsverhouding. Om die reden is geen pandrecht op deze vordering gevestigd. Op het moment van verpanding bestond de rechtsverhouding noch de vordering, zodat deze niet onder het pandrecht valt. De wetsgeschiedenis van artikel 3:239 BW noopt volgens het hof ook niet tot een verruimde uitleg van 'reeds bestaande rechtsverhouding'.

Afstand doen van een eigendomsvoorbehoud is ingevolge artikel 3:92 lid 3 BW 'een andere wijze van bevrediging van een schuldeiser'. Dat houdt in dat als er een executieverkoop plaatsvindt van oorspronkelijk onder eigendomsvoorbehoud geleverde goederen, waarbij de verkoper, in casu de curator, instemt met de verkoop onder de voorwaarde dat er een bedrag wordt voldaan voor de betreffende goederen, door het afstand doen van het eigendomsvoorbehoud de eigendom overgaat en daarbij in beginsel geen tegenprestatie meer verplicht is. Hof Amsterdam¹⁴ oordeelt met verwijzing naar artikel 3:58 BW dat daardoor (achteraf) een rechtsgeldige executie van de in vuistpand genomen goederen heeft plaatsgevonden. Steneker merkt in de noot over de toepasselijkheid van artikel 3:58 BW op, dat die

in dezen waarschijnlijk toepassing mist en dat het pandrecht met consequente doorrekening van 3:91 BW tot stand is gekomen.

Zalco, een aluminiumsmelterij, -gieterij en anodefabriek is op 13 december 2011 failliet verklaard. ZSP was eigenaresse van de grond waarop de smelterij stond. Ten behoeve van Glencore heeft Zalco een pandrecht gegeven op de bestaande en toekomstige voorraad aluminium. Ten tijde van de faillietverklaring werd een deel van de voorraad aluminium gesmolten en was deze aanwezig in de ovens van de smelterij. De activiteiten van de onderneming, waaronder de smelterij, zijn door curatoren na faillissement enige tijd voortgezet. Nadat deze vervolgens zijn gestaakt, stelde het aluminium dat in de ovens aanwezig was. ZSP stelde daardoor dat het gestolde aluminium door natrekking haar eigendom was. Glencore betoogde daarentegen dat zij een pandrecht had op dit aluminium. Er wordt een kort geding gevoerd, waarbij in hoger beroep het Gerechtshof 's-Hertogenbosch¹⁵ tot het (voorlopige) oordeel komt dat het vloeibare aluminium door middel van zaaksvorming is ontstaan. Zalco vormde voor zichzelf

in de zin van artikel 5:16 lid 2 BW en werd daardoor eigenaresse van het nieuw gevormde vloeibare aluminium. Pas nadat Zalco eigenaresse werd, kon daarop ten behoeve van Glencore een pandrecht worden gevestigd. Nu Zalco vanaf de faillietverklaring niet meer beschikkingsbevoegd was, kon op het daarna gevormde aluminium geen pandrecht meer worden gevestigd dan wel tot stand komen. Ten aanzien van het in de ovens aanwezige vloeibare aluminium, waar wel een pandrecht op rustte, oordeelt het hof dat er sprake is van vermenging. Als door vermenging een nieuwe zaak ontstaat (artikel 5:15 j° 5:14 lid 2 BW) zal een op (één van) de oorspronkelijke zaken rustend beperkt recht door de vermenging tenietgaan. Ontstaat geen nieuwe zaak, maar trekt een hoofdzaak een bestanddeel na, dan volgt – naar het voorlopig oordeel van het hof – uit de wettelijke regels dat wanneer op het bestanddeel een beperkt recht rustte, dit beperkte recht door vermenging tenietgegaan is. Andersom, als op de als hoofdzaak gecategoriseerde zaak een beperkt recht rustte, rust dat beperkte recht na vermenging ook op het door die hoofdzaak nagetrokken bestanddeel. Dat betekent dat het pandrecht van Glencore, dat op het moment van faillietverklaring nog op de in de ovens aanwezige vloeibare aluminium rustte, is tenietgegaan door vermenging van dat aluminium met de

¹⁴ Hof Amsterdam 2 april 2013, *JOR* 2013, 351, m.nt. A. Steneker.

¹⁵ Hof 's-Hertogenbosch 5 november 2013, *JOR* 2014, 26, m.nt. Loesberg, in samenhang met Hof 's-Hertogenbosch 4 december 2012, *JOR* 2013, 92, m.nt. Steneker en Rb. Breda 17 december 2012, *JOR* 2014, 25.

aanzienlijk grotere hoeveelheid nadien geproduceerd aluminium, nu volgens de criteria van artikel 5:14 lid 3 BW een aanzienlijk grotere hoeveelheid aluminium als hoofdzaak is te beschouwen en de aanzienlijk kleinere hoeveelheid als bestanddeel. Nu Glencore geen pandrecht en daardoor geen belang heeft in de procedure, komt het hof niet toe aan de vraag of ZSP door natrekking eigenaresse is geworden.

Overigens zijn in het faillissement van Zalco meerdere procedures gevoerd, waaronder over erkenning van een derdenpandrecht door curatoren. Curatoren kunnen op grond van artikel 104 Fw vaststellingsovereenkomsten en/of schikkingen aangaan. Daaraan is de curator dan ook gebonden. Die binding kan niet ongedaan worden gemaakt door een bevel van de rechter-commissaris ex artikel 69 Fw, aldus de Hoge Raad.¹⁶

Op 6 maart 2013 heeft de Rechtbank Midden-Nederland¹⁷ ter zake een openbaar verpande vordering het volgende geschil beoordeeld. Men's Club Fashion BV (hierna 'MCF') is een leverancier van V&D. MCF had een financiering bij Fortis Bank, daarna ABN AMRO Bank, en hen een uiteindelijk openbaar pandrecht op de debiteurenvorderingen gegeven. MCF gaat failliet. V&D heeft de vordering van MCF op haar betaald, maar heeft dit niet aan de Fortis Bank/ABN AMRO bank als pandhouder gedaan. V&D betaalt daarom nogmaals aan ABN AMRO Bank. V&D vordert daarna van de curator betaling van ruim € 131.000, het bedrag dat zij eerst aan MCF heeft betaald. De vordering stelt primair en kansloos dat er sprake is van een onverschuldigde betaling en dat zij direct en zonder omslag in de kosten het bedrag uit de boedel moet terugkrijgen. Dit verweer wordt door

de rechtbank terecht niet gehonoreerd. Subsidiair onderbouwt V&D haar vordering met de stelling dat zij op de voet van artikel 6:33 BW een vordering heeft verkregen jegens MCF en dat de boedel door de eerste betaling is gebaat, zodat daardoor een concurrente boedelschuld tot restitutie is ontstaan (artikel 24 Fw). De rechtbank stelt vast dat de curator een concurrente boedelschuld heeft aan V&D, vermeerderd met de wettelijke rente.

De Hoge Raad bepaalt in zijn arrest van 14 juni 2013 inzake de faillissementen van de Favini-vennootschappen¹⁸ dat een na datum faillissement verkregen (en ontstane) vordering tot voldoening van factorloon en rente op de gefailleerde niet kan zijn gezekerd met een vóór de faillietverklaring gevestigd pandrecht, ook niet indien die vordering voortvloeit uit een rechtsverhouding die per datum faillissement reeds bestond. Verrekening op grond van het arrest-HR Mulder q.q./CLBN¹⁹ is in dit geval niet mogelijk nu de voorrangpositie waarop de schuldeiser zich beroept niet bestond ten tijde van de faillissementsuitspraak en nadien evenmin kan ontstaan, ook niet indien hij voor andere vorderingen wel een stil pandrecht heeft bedongen.

CESSIE- EN VERPANDINGSVERBOD

Het cessie- en verpandingsverbod hield de gemoederen in Insolventieland in 2013 bezig.²⁰ Het Hof Den Haag oordeelt in een zaak tussen SVEA Finans Nederland en BAM Woningbouw BV²¹ dat hetgeen in HR Oryx/van Eesteren²²

is bepaald – namelijk dat artikel 3:83 lid 2 BW ertoe leidt dat de overdraagbaarheid van een vordering kan worden uitgesloten door een cessie- of verpandingsverbod – onverkort dient te worden toegepast. Dat geldt temeer omdat SVEA geen feiten en omstandigheden heeft gesteld die nopen om van deze rechtsregel af te wijken. Het is juist aan SVEA om voldoende feiten en omstandigheden te stellen die een andere uitleg van het beding kunnen onderbouwen. Uit de tekst van het cessieverbod, die overeenkomt met de tekst van het beding dat onderwerp was van voormelde uitspraak van de Hoge Raad, bleek duidelijk dat de debiteur had beoogd de vorderingen op haar onoverdraagbaar te maken.

Of een bepaling overdraagbaarheid van een vorderingsrecht uitsluit, moet blijken uit de formulering daarvan. Die moet zodanig zijn dat daarmee goederenrechtelijke werking als bedoeld in artikel 3:83 lid 2 BW is beoogd. Dergelijke bepalingen zijn er echter in verschillende soorten en maten. In het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden²³ betrof het een bepaling die luidde: 'WH is niet bevoegd haar rechten en/of verplichtingen uit deze overeenkomst over te dragen aan een derde'. De hantering van het goederenrechtelijk begrip 'onbevoegdheid' vormde volgens het hof een belangrijke indicatie dat partijen met het beding niet (slechts) een obligatoire werking beoogden. Banken lijken zich te ergeren aan het feit dat niet enkel de debiteur in kwestie een beroep doet op een dergelijke bepaling, maar ook de curator van de inmiddels failliete pandgever. Met name steekt het indien het verpandingsverbod wordt tegengeworpen jegens de pretense pandhouder en de curator vervolgens in weerwil van het cessieverbod²⁴ de vorderingen van de

16 HR 20 december 2013, *JOR* 2014, 85 m.nt. Verstijlen.

17 Rb. Midden-Nederland 6 maart 2013, *JOR* 2014, 107.

18 HR 14 juni 2013, *JOR* 2013, 264 m.nt. N.E.D. Faber.

19 HR 17 februari 1995, *NJ* 1996, 471.

20 Overigens ook in 2014 nog, ondanks het arrest HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682 (Intergammel/Coface), welk arrest in deze bijdrage over 2013 niet behandeld wordt.

21 Hof Den Haag 8 oktober 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:4707.

22 HR 17 januari 2003, *NJ* 2004, 281, m.nt. T.M. Schalken.

23 Hof Arnhem-Leeuwarden 8 januari 2013, *JOR* 2013, 154, m.nt. G.J.L. Bergervoet.

24 Doorgaans zijn beide bepalingen opgenomen in de betreffende algemene voorwaarden.

mijn pappa is
lekker de beste in
Verliezemensrecht!
puh.



failliete pandgever op haar debiteuren verkoopt en cedeert aan de doorstarter. Rechtbank Rotterdam²⁵ oordeelde echter dat ook een curator zich op een dergelijk verbod mag beroepen. Een andere beslissing zou volgens de rechtbank tot te veel onzekerheid leiden.

TERMIJNSTELLING EX ARTIKEL 58 FW

Een termijnstelling ex artikel 58 Fw geeft de curator de mogelijkheid om een talmende separatist voor een spoedige afwikkeling van het faillissement aan te sporen duidelijkheid te geven over de omvang van haar rechten. De sanctie op het verstrijken van de termijn is dat de curator de verzekerde zaken kan opeisen en verkopen. De opbrengst loopt dan door de boedel ex artikel 182 Fw. In de literatuur wordt er op gewezen dat

curatoren misbruik (kunnen) maken van de termijnstelling om een bijdrage in de omslag te forceren.²⁶ In een arrest van Hof Den Bosch²⁷ oordeelt het hof dat, ook al is de termijn verstreken, ook dan nog geoordeeld moet worden of de curator in redelijkheid tot uitoefening van zijn bevoegdheid tot opeising kan overgaan. In casu had de bank na het stellen van de termijn met medeweten van de curator de nodige kosten gemaakt en moeite genomen om tot verkoop van het actief over te gaan. De termijn werd eenmaal verlengd. Na het verstrijken van de termijn resulteerde dit in een relatief hoge executieopbrengst. Dat de curator de zaken opeiste om zelf te executeren was in de gegeven omstandigheden onredelijk en onwettig tegenover de bank. Overigens

had de bank opnieuw om verlenging van de termijn verzocht maar was deze door de rechter-commissaris afgewezen.

Ter zake een verzoek tot verlenging van een artikel 58-termijn stelt de Hoge Raad²⁸ dat als de uitoefening van een zekerheidsrecht binnen de door de curator gestelde termijn (in redelijkheid) niet mogelijk blijkt, of waarin een separatist van het niet-tijdig uitoefenen van zijn recht geen verwijt kan worden gemaakt, de rechter-commissaris de termijn kan verlengen. De rechter-commissaris dient dan nog steeds het belang van de separatist tegen het belang van de curator bij een voortvarende afwikkeling van het faillissement af te wegen. Ook al zou de separatist geen blaam treffen, kan het belang van de boedel prevaleren op grond waarvan de rechter-commissaris het verzoek zal afwijzen.

25 Rb. Rotterdam 6 november 2013, *JOR* 2013, 356.

26 C.E. Goosmann en R.A. Couperus, 'Misbruik van artikel 58 lid 1 Fw; een redelijke termijn aan de separatist?', *Tv* 2012/12, p. 55 e.v. en D. Winkel en S.A.H.J. Warringa, 'De termijnstelling van artikel 58 Fw', *FIP* 2013/1, p. 19.

27 Hof 's-Hertogenbosch 9 juli 2013, *JOR* 2014, 49.

28 HR 20 december 2013, *JOR* 2014, 86, m.nt. A.J. Verdaas; *NJ* 2014, 151, m.nt. F.M.J. Verstijnen.

FAILLISSEMENTSAAVRAAG/ ONTSTAAN FAILLISSEMENT

De Hoge Raad²⁹ stelt dat sprake is van misbruik van bevoegdheid bij de eigen faillissementsaanvraag indien geen bekende baten aanwezig zijn en het faillissement enkel ertoe kan leiden dat de schulden toenemen. Voor zover de faillissementsaanvraag wordt gebruikt om via het faillissement in de schuldsanering terecht te komen, wordt de bevoegdheid tot de aanvraag van het eigen faillissement gebruikt voor een ander doel dan waarvoor die is verleend en levert dat eveneens misbruik van bevoegdheid op.

Met verwijzing naar HR Dairex Holland/Armaghdown Creameries³⁰ oordeelt de Hoge Raad³¹ dat, indien naast de vordering van de schuldeiser die het faillissement aanvraagt enkel een achtergestelde vordering bestaat die pas bij liquidatie voldaan hoeft te worden, slechts onder bijzondere omstandigheden kan worden geoordeeld dat de schuldenaar in de situatie verkeert te zijn opgehouden met betalen.

Op 26 november 2013 heeft het Gerechtshof Arnhem³² beslist dat een advocaat aansprakelijk is voor de schade voortvloeiende uit een beroepsfout waardoor de onderneming in staat van faillissement is verklaard. De schade is gelijk aan het verschil tussen de vermogenspositie van de onderneming (failliet) in het werkelijke scenario waarin deze fout is gemaakt en de vermogenspositie die de onderneming zou hebben gehad in het hypothetische scenario waarin de fout niet zou zijn gemaakt. Het ligt op de weg van de curator te stellen en te bewijzen dat en waarom er schade door de beroepsfout is geleden,

ook al zijn de gewone regels over stelplicht en bewijslast niet (zonder meer) van toepassing bij de begroting of schatting van de schade.

ARTIKEL 23 FW

In 1989 heeft de Hoge Raad³³ overwogen dat het beginsel van artikel 23 Fw meebrengt dat de curator een giraal betaald bedrag kan terugvorderen, als de bank waaraan de overboekingsopdracht werd gegeven, bij aanvang van de dag van de faillietverklaring nog niet alle handelingen heeft verricht die zij als opdrachtnemer van de schuldenaar ter effectuering van de betaling aan diens schuldeiser gehouden was te verrichten. In de zaak die dit jaar werd voorgelegd aan het Gerechtshof Arnhem³⁴ verwerkte een tussenpersoon de betalingen (die lopen via DNB). Het hof neemt aan dat de handelingen van de tussenpersoon en DNB vallen onder uitvoeringshandelingen van de schuldenaar (en haar bank).

BODEMRECHT FISCUS

De rechtbank heeft ter zake de toepassing van artikel 241c lid 2 Fw en analoge toepassing van de rechtsregel uit het Singulus-arrest³⁵ een prejudiciële vraag voorgelegd aan de Hoge Raad. De Hoge Raad³⁶ oordeelt dat de in artikel 241c lid 2 Fw neergelegde regel niet (overeenkomstig) geldt ten behoeve van de pandhouder van een stil pandrecht op een zaak van de belastingschuldige. Tot dit

oordeel komt de Hoge Raad gelet op de bedoeling van de wetgever, het wezenlijke verschil met het in het Singulus-arrest berechte geval en het gegeven dat de rechtsbescherming geboden in artikel 241c lid 2 Fw aan derderechthebbende door het nieuwe artikel 22bis Iw aanzienlijk is ingeperkt.

403-VERKLARING

De vordering die het UWV verkrijgt op de failliete boedel als gevolg van uitbetalingen in het kader van de loongarantieregeling is bevoorrecht ofwel preferent op grond van artikel 3:288 sub e BW j° artikel 66 lid 1 WW j° artikel 6:142 BW. Curatoren van een moedermaatschappij hebben aan de Rechtbank Midden-Nederland de vraag voorgelegd of een dergelijke vordering – die op grond van een afgegeven 403-verklaring wordt verhaald op de moedermaatschappij – eveneens in dat geval preferent is. Rechtbank Midden-Nederland heeft op 30 januari 2013³⁷ (in lijn met eerdere rechtspraak³⁸) deze vraag ontkenkend beantwoord en overwogen dat voorrechten slechts ontstaan uit de wet. Artikel 2:403 BW verbindt volgens de rechtbank geen voorrecht aan aansprakelijkheid die voortvloeit uit door een moedervenootschap ten behoeve van haar dochtervenootschap afgegeven aansprakelijkheidsverklaring.

NON-CONCURRENTIE- BEDING

In faillissement is de curator gerechtigd om een beroep te doen op het concurrentiebeding uit de arbeidsovereenkomst van werknemers van failliet. Rechtspraak hieromtrent is casuïstisch,

29 HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:48.

30 HR 27 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1380.

31 HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0277.

32 Hof Arnhem 26 november 2013, JOR 2014, 59.

33 HR 31 maart 1989, NJ 1990, 1, m.nt. JBMV.

34 Hof Arnhem 26 november 2013, JOR 2014, 54, m.nt. J.M. Atema.

35 HR 17 oktober 2008, NJ 2009, 92 m.nt. Van Schilfgaarde, waarin is bepaald dat een bodembeslag dat tijdens de afkoelingsperiode wordt gelegd op een zaak die niet aan de schuldenaar toebehoort, niet kan worden tegengeworpen aan de pandhouder van het pandrecht op die zaak, indien deze voordat het beslag is gelegd, bij deurwaardersexploot aanspraak heeft gemaakt op afgifte.

36 HR 13 december 2013, NJ 2014, 88 m.nt. F.M.J. Verstijnen.

37 Rb. Midden-Nederland 30 januari 2013, JOR 2013, 70, m.nt. E.A. van Dooren.

38 Rb. Haarlem 28 juli 2010, JOR 2010, 264, m.nt. S.M. Bartman.

omdat de rechter in dat geval een afweging maakt tussen het belang van de curator (de boedel) bij handhaving van het concurrentiebeding enerzijds en het individuele belang van de werknemer anderzijds. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Limburg³⁹ oordeelde op 25 januari 2013 dat de curator in casu een voldoende zwaarwegend belang heeft zich op de concurrentiebedingen te beroepen, nu de curator een snelle doorstart heeft gerealiseerd en omdat de werknemers bijzondere kennis hebben van de orderportefeuille en het klantenbestand van failliet. Bovendien hebben werknemers geen enkel bijzonder of zwaarwegend persoonlijk belang gesteld. Ook de vordering jegens de nieuwe werkgever dat hij onrechtmatig handelt jegens de boedel wordt toegewezen, omdat de werkgever er geen geheim van heeft gemaakt dat hij de kennis en ervaring van de werknemers in zijn eigen bedrijf wilde inzetten om zijn concurrentiepositie te verbeteren, terwijl de werknemers door de curator uitdrukkelijk zijn geweest op het voor hen geldende concurrentiebeding.

OVERGANG VAN ONDERNEMING

De Rechtbank Amsterdam⁴⁰ oordeelt dat de stelling dat er bij een doorstart uit faillissement steeds sprake is van opvolgend werkgeverschap ex artikel 7:668a BW, onjuist is. In de betreffende casus was hiervan ook geen sprake. Deze uitspraak is casuïstisch, maar vermeldenswaardig vanwege de noot van mr. Loesberg waarin een overzicht van de jurisprudentie op gebied van opvolgend werkgeverschap bij doorstarts wordt gegeven.

39 Rb. Limburg (Vzr.) 25 januari 2013, *JOR* 2013, 125, m.nt. E. Loesberg.

40 Rb. Amsterdam 28 februari 2013, *JOR* 2013, 221, m.nt. Loesberg.

FAILLISSEMENT EN OVEREENKOMST

In het Megapool-arrest⁴¹ wordt de vraag gesteld of een beroep kan worden gedaan op een contractuele clause waarin is bepaald dat geldelijke aanspraken (zoals in deze zaak een uitlooppromissie) die, in casu de failliet, aan de overeenkomst ontleent, bij haar faillissement komen te vervallen. De wederpartij van de failliet beroept zich op dit beding en stelt dat zij daarom geen uitlooppromissie is verschuldigd aan de failliet. De Hoge Raad oordeelt dat een beding als hier aan de orde in bepaalde omstandigheden nietig kan zijn wegens strijd met artikel 20 Fw dan wel dat een beroep op zo'n beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. Volgens de Hoge Raad is hiervan in casu geen sprake, nu de provisieaanspraken mede de tegenprestatie vormden voor prestaties en voordelen waarop de wederpartij wegens het faillissement geen aanspraak meer kan maken. De Hoge Raad wijst er daarbij op dat de provisieaanspraken ook zouden zijn vervallen indien de overeenkomst op andere gronden werd beëindigd dan faillissement.

ARTIKEL 39 FW

In het reeds alomt beschreven HR Koot Beheer/Tideman⁴² heeft de Hoge Raad aangenomen dat de verplichting van de huurder om schade aan het gehuurde bij het einde van de huur te herstellen dan wel te vergoeden, geen boedel-schuld is. De ontruimingsverplichting na beëindiging van de huur die rust op de curator in zijn hoedanigheid is daarentegen wel boedelschuld. De Hoge Raad komt middels deze uitspraak

41 HR 12 april 2013, *JOR* 2013, 193 m.nt. J.J. van Hees (Megapool).

42 HR 19 april 2013, *JOR* 2013, 224, m.nt. G.A.J. Boekraad.

terug van het 'toedocriterium', zoals geformuleerd in eerdere rechtspraak.⁴³

De Hoge Raad heeft daarnaast een nadere invulling gegeven aan hetgeen is bepaald in het HR Aukema q.q./Uni-Invest.⁴⁴ Uit dit arrest volgt dat een opzegging op de voet van artikel 39 Fw een regelmatige wijze van beëindiging van de huurovereenkomst is. Dit doet jegens de faillissementsboedel geen recht ontstaan op schadevergoeding wegens gemis van de huur die verschuldigd zou zijn na de datum waartegen volgens dat artikel kan worden opgezegd, ook niet ingeval deze schadevergoeding contractueel is bedongen. De opzegging van de huurovereenkomst op de voet van artikel 39 Fw laat de rechtsgeldigheid van het hier bedoelde contractuele beding dus onverlet, maar de daaruit resulterende vordering komt niet in aanmerking voor verificatie in het faillissement van de huurder. In HR Romania Beheer⁴⁵ voegt de Hoge Raad hieraan toe dat indien een derde de nakoming van de huurvordering heeft gegarandeerd, het faillissement van de huurder en een opzegging van de huurovereenkomst op de voet van artikel 39 Fw geen verandering in de verplichtingen uit die garantie met zich brengt, tenzij anders is bedongen. Voor de eventueel uit de nakoming van de garantie voor de derde voortvloeiende regresvordering op de gefailleerde huurder geldt echter dat deze niet kan worden uitgeoefend jegens de failliete boedel van de huurder. In het Autodrome-arrest⁴⁶ is daarnaast bepaald dat in geval de

43 HR 28 september 1990, *NJ* 1991, 305, m.nt. P. van Schilfgaarde; HR 12 november 1993, *NJ* 1994, 229, m.nt. W.M. Kleijn en HR 18 juni 2004, *JOR* 2004, 221, m.nt. Boekraad, zie ook HR 3 november 2006, *JOR* 2007, 76, m.nt. S.C.J.J. Kortman en S.E. Bartels; HR 14 januari 2011, *JOR* 2011, 101, m.nt. J.J. van Hees en HR 9 juni 2006, *NJ* 2007, 21, m.nt. P. van Schilfgaarde.

44 HR 14 januari 2011, *JOR* 2011, 101, m.nt. J.J. van Hees.

45 HR 15 november 2013, *JOR* 2014, 27 (Romania Beheer).

46 HR 22 november 2013, *JOR* 2014, 28, m.nt. J.J. van Hees (Autodrome).

huurovereenkomst deel uitmaakt van een *sale-and-lease-back*-transactie dit niet anders is en er dus evenmin een recht tot het vorderen van een schadevergoeding jegens de faillissementsboedel ontstaat.

DWANGSOMMEN

De curator is uit hoofde van zijn bijzondere gezagsverhouding verantwoordelijk voor de naleving van de milieuwetgeving die geldt voor een inrichting die tot de boedel behoort.⁴⁷ Dat brengt mee dat aan hem in zijn hoedanigheid een last onder dwangsom kan worden opgelegd, ongeacht of de onderneming van de gefailleerde door hem wordt voortgezet. De Raad van State⁴⁸ stelt vast dat indien vóór de datum van het faillissement door failliet dwangsommen zijn verbeurd, dit leidt tot vorderingen op failliet die in de failliete boedel vallen. Als na die datum door failliet dwangsommen worden verbeurd, zijn deze – evenals na faillissement ontstane vorderingen inzake bestuursdwangkosten⁴⁹ – als niet-verifieerbare schulden in de zin van de faillissementswet aan te merken. Deze uitspraak is overigens in strijd met de rechtspolitieke keuze om milieuplichtingen van een insolvente schuldenaar niet primair ten laste te brengen van de algemene middelen maar van diens schuldeisers.

AANSPRAKELIJKHEID CURATOR (q.q. en/of pro se)

In een zaak bij het Gerechtshof Den Haag⁵⁰ werd een curator zowel q.q. als pro se aansprakelijk gesteld door

een opdrachtnemer van de failliet. De opdrachtnemer had zijn werkzaamheden hangende het verzet tegen de faillietverklaring voortgezet. Hij stelt dat de curator een betalingstoezegging had gedaan, althans het vertrouwen had gewekt dat er betaald zou worden. Het hof wijst aansprakelijkheid van de hand. Als de opdrachtnemer een betalingsgarantie wilde, dan had hij de curator een termijn ex artikel 37 Fw moeten stellen. De curator hoort gedurende de verzetsperiode terughoudendheid te betrachten en zo veel mogelijk te streven naar handhaving van de status-quo.

AANSPRAKELIJKHEID DOORSTARTER

In het arrest-HR Haafkes q.q./Doli c.s.⁵¹ stelt de curator de doorstarter aansprakelijk wegens het innen van niet aan haar overgedragen debiteurenvorderingen. De doorstarter stelt dat de boedel geen schade heeft geleden, omdat de debiteuren niet bevrijdend aan de doorstarter hebben betaald en de curator de vorderingen dus nogmaals kan innen. Ook als de debiteuren niet bevrijdend hebben betaald, kan de boedel toch schade hebben geleden, oordeelt de Hoge Raad. Het ligt immers voor de hand dat de curator moeilijkheden zal ondervinden bij het alsnog innen van de vorderingen.

KREDIETOPZEGGING BANK

In een procedure bij het Gerechtshof Amsterdam⁵² heeft ABN AMRO aan het Balm-concern krediet verstrekt in de vorm van onder meer een rekening-courantkrediet van € 800.000 vermeerderd met een extra krediet I van € 250.000 en een extra krediet II van € 300.000. Het extra krediet II moest

op 8 maart 2007 volledig worden teruggebracht. Dit gebeurt niet. ABN AMRO zegt vervolgens op 26 maart 2007 het rekening-courantkrediet met onmiddellijke ingang op en verlangt uiterlijk op 16 april 2007 aflossing ervan. Balm-concern en ABN AMRO maken op 28 maart 2007 afspraken over verlenging van de termijn voor de aflossing, waarbij men onder meer overeenkomt dat inkomsten van gespecificeerde facturen worden aangewend ter voldoening van de salarissen. Echter, op 2 april 2007 faxt ABN AMRO Balm-concern dat men niet langer bereid is de overeengekomen afspraken na te komen, waarna ABN AMRO niet meewerkt aan betaling van de salarissen en de verpanding van de vorderingen aan de crediteuren meedeelt. Volgens ABN AMRO is overeengekomen dat op 3 april 2007 de salarissen volledig moesten worden voldaan en dat daarvoor onvoldoende gelden waren binnengekomen. Balm-concern daarentegen stelt zich op het standpunt dat de salarissen op die datum ook gedeeltelijk hadden mogen worden betaald om te voldoen aan de gemaakte afspraken. Volgens het hof had Balm-concern de afspraken niet hoeven te begrijpen dat de bank bedoelde dat de salarissen volledig hadden moeten worden voldaan. Het hof stelt daarom vast dat dat bank toerekenbaar is tekortgeschoten in haar verplichting om de overeengekomen verlenging van de aflossingstermijn gestand te doen, door niet mee te werken aan uitkering van de salarissen alsmede door de crediteuren aan te schrijven.⁵³

BANKGARANTIE

Amstelpark (opdrachtgever) en Giebros (aannemer) sluiten een overeenkomst van aanneming van werk, waarbij wordt

⁴⁷ Zie ook RvS 11 juli 1997, *JOR* 1997, 105, m.nt. SCJK (Oude Grote Bevelsborg q.q./Dordrecht) en RvS 9 mei 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA4703.

⁴⁸ RvS 13 februari 2013, *JOR* 2013, 157 m.nt. J.J. Van Hees.

⁴⁹ zie RvS 26 juni 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE4628.

⁵⁰ Hof 's-Gravenhage, 7 mei 2013, *JOR* 2014, 176.

⁵¹ HR 29 maart 2013, *JOR* 2014, 110.

⁵² Hof Amsterdam 9 april 2013, *JOR* 2014, 141.

⁵³ Het hof gaat ook in op de vraag of de opzegging van het krediet onrechtmatig is of wanprestatie oplevert. Deze vraag wordt in casu ontkennend beantwoord.

overeengekomen dat 90 procent van de aanneemsom, zijnde € 1.138.500, wordt voldaan bij oplevering. Om de kosten voor het uitvoeren van het werk te kunnen dragen verstrekt Fortis/ABN aan Giebros een lening. Als zekerheid voor nakoming van betaling van 90 procent van de aanneemsom door Amstelpark aan Giebros verstrekt de Rabobank een bankgarantie waarbij Fortis/ABN als begunstigde is aangewezen. Fortis/ABN verzoeken vervolgens aan de Rabobank om betaling onder de garantie, maar de Rabobank weigert dit. In casu is het de vraag of de Rabobank gerechtigd was deze betaling te weigeren. Het hof⁵⁴ stelt voorop dat strikte toepassing door de bank van de in de garantie gestelde voorwaarden uitgangspunt is, doch op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid uitzondering op dat beginsel van strikte conformiteit niet is uitgesloten. In deze zaak is voor het maken van een dergelijke uitzondering grond, nu blijkt dat de verklaring van Giebros – dat Amstelpark haar betaalverplichtingen jegens Giebros niet was nagekomen – onjuist/frauduleus is, aangezien Amstelpark vanwege financiële problemen van Giebros leveranciers/onderaannemers van Giebros voor totaal € 900.000 heeft betaald en het werk niet was opgeleverd/aanvaard en daardoor de slottermijn van de aanneemsom nog niet opeisbaar was.

FORMEEL INSOLVENTIERECHT

De Hoge Raad heeft op 17 mei 2013⁵⁵ bepaald dat het de rechter in hoger beroep op grond van artikel 67 Fw vrijstaat om met de ruime bevoegdheid van de rechter-commissaris (artikel 66 Fw) rekening te houden bij het toetsen van

de beslissing van de rechter-commissaris tot het horen van getuigen. Daarnaast heeft de Hoge Raad op 12 juli 2013 bepaald⁵⁶ dat een rechtsmiddelenverbod geldt voor de vaststelling van het salaris van de curator door de rechter op grond van artikel 15 lid 3 Fw.⁵⁷

In een zaak bij de Rechtbank Noord-Nederland⁵⁸ doen werknemers een beroep op artikel 67 Fw tegen de machtiging van de rechter-commissaris om werknemers te mogen ontslaan op grond van artikel 40 Fw. Volgens de werknemers werd het faillissement gebruikt om op goedkope wijze van werknemers af te komen. De rechtbank oordeelt dat de curator een grote beleidsvrijheid heeft bij het beheer en de vereffening van de boedel, maar ook rekening moet houden met maatschappelijke belangen zoals behoud van werkgelegenheid. In dit geval is de curator binnen de grenzen van die beleidsvrijheid gebleven, aldus de rechtbank. De rechter-commissaris mocht de bedoelde machtiging derhalve geven.

In een procedure waarbij een failliet een beroep doet ex artikel 67 Fw, heeft de curator, na machtiging daartoe te hebben verkregen van de rechter-commissaris, een procedure op de voet van artikel 28 lid 2 Fw overgenomen. De failliet gaat tegen de machtiging in beroep ex artikel 67 Fw. Beroep staat open voor hen die 'partij' zijn bij de beschikking, te weten degene die het tot de beschikking leidende verzoek aan de rechter-commissaris heeft gedaan ofwel degene tegen wie de beschikking is gericht. De Hoge Raad⁵⁹ oordeelt dat de beschikking niet tot de failliet is gericht, waardoor bij overneming ex artikel 28 lid 2 Fw de gefaillieerde buiten het

geding komt te staan. Het geding wordt in het belang van de boedel voortgezet.

De Hoge Raad⁶⁰ heeft ten slotte dit jaar bepaald dat de regeling van rechtsvorderingen in de artikelen 25-30 Fw ziet op alle vorderingen als bedoeld in de artikelen 25 en 26 Fw, ongeacht of de procedure met een dagvaarding of met een verzoekschrift wordt ingeleid.

INTERNATIONALE ASPECTEN

In het oudere arrest-HRD Group Europe/Schreurs q.q.⁶¹ heeft de Hoge Raad overwogen dat artikel 2:11 BW van toepassing is op een buitenlandse tweedegraads bestuurder wanneer de eerstegraads bestuurder een vennootschap naar Nederlands recht is. De Rechtbank Oost-Brabant⁶² heeft een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad voorgelegd: is artikel 2:11 BW ook van toepassing wanneer de eerstegraads bestuurder een buitenlandse rechtspersoon is? Bij arrest van 21 juni 2013 heeft de Hoge Raad deze vraag negatief beantwoord.⁶³ De vraag of een bestuurder naast de vennootschap aansprakelijk is, wordt naar Nederlands internationaal privaatrecht beheerst door het op de vennootschap toepasselijke recht. Een natuurlijk persoon als bestuurder kan dus slechts op grond van artikel 2:11 BW aansprakelijk worden gehouden indien de vennootschap die hij bestuurt een rechtspersoon naar Nederlands recht is.

Het dossier 'Yukos' blijft een bron van nieuwe jurisprudentie, zo ook in 2013. In het arrest van de Hoge Raad⁶⁴ stond de vraag centraal of een curator van een faillissement, uitgesproken buiten de EU, (zoals in deze zaak het

60 HR 12 april 2013, *JOR* 2014, 111, m.nt. M.L.C. Snoeks.

61 HR 18 maart 2011, *JOR* 2011, 144, m.nt. G. van Solinge.

62 Rb. 's-Hertogenbosch 24 oktober 2012, *JOR* 2013, 3.

63 HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958.

64 HR 13 september 2013, *JOR* 2014, 50, m.nt. R.I.V.G. Bertrams.

54 Hof 's-Gravenhage 23 april 2013, *JOR* 2014, 174.

55 HR 17 mei 2013, *JOR* 2014, 177.

56 HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9953.

57 Artikel 71 Fw is niet van toepassing bij vernietiging van het vonnis van faillietverklaring.

58 Rb. Noord-Nederland 4 april 2012, *JOR* 2013, 222, m.nt. E. Loesberg.

59 HR 15 maart 2013, *JOR* 2013, 189, m.nt. K.P. Hoogenboezem.

Dat had ik zelf niet beter kunnen zeggen:
De schuldsanering is [...] een liquidatieprocedure
en dus geen saneringsprocedure.
En nou niet op mijn smakeling bloeden...



faillissement van Yukos Oil in Rusland), de bevoegdheid heeft de aandelen van een dochtermaatschappij in Nederland (Yukos Finance BV) te verkopen. Het bereik en de werking van het territoria- liteitsbeginsel stonden ter discussie. In zijn arrest zet de Hoge Raad voor beantwoording van deze vraag een drietal regels op een rij en geeft hij een nadere invulling daarvan. In concreto brengt het arrest met zich dat de buitenlandse niet-EU-curator in Nederland kan optreden en in het bijzonder in Nederland gelegen vermogen mag verkopen

en leveren, tenzij op dat moment daarop beslag is gelegd.⁶⁵

De Hoge Raad heeft bepaald dat het faillissement van een schuldenaar in België niet in de weg staat aan het van toepassing verklaren van de schuldsanering in Nederland. Op grond van artikel 3 lid 2 Insolventieverordening ('IVO') is daarvoor enkel vereist dat de schuldenaar een vestiging bezit in Nederland en dat de schuldsanering een secundaire procedure is, die dient te leiden tot liquidatie ex artikel 3 lid

3 IVO. De schuldsanering is ingevolge artikel 2 sub c IVO en bijlage B IVO een liquidatieprocedure en derhalve geen saneringsprocedure.⁶⁶

In 2013 werd aan de voorzieningenrechter van de Rechtbank Roermond⁶⁷ een zaak voorgelegd waarbij een waterschapsbedrijf een Europese aanbesteding heeft gehouden voor een overheidsopdracht. De opdracht wordt aan een drietal partijen gegund. Eén van die partijen gaat failliet, waarna de curator het contract met het waterschapsbedrijf in het kader van een doorstart verkoopt aan een derde. De andere twee opdrachtnemers vorderen in kort geding een verbod voor het waterschapsbedrijf om met de derde in zee te gaan. De voorzieningenrechter stelt hen in het gelijk. De derde voldoet niet aan de aanbestedingsvoorwaarden en heeft bovendien geen kosten hoeven maken om de aanbestedingsprocedure te doorlopen. Het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, zoals dat tijdens de aanbesteding geldt, zouden worden doorbroken.

SCHULDSANERING

Een schone lei kan worden geweigerd indien de saniet toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen tijdens de schuldsanering. Saniet heeft in casu niet tijdig verzocht om nihilstelling van zijn kinderalimentatieverplichting. Het Hof 's-Hertogenbosch⁶⁸ stelt dat deze tekortkoming niet aan de saniet kan worden toegerekend, althans dat hem slechts in mindere mate hiervan een verwijt kan worden gemaakt. Desondanks beëindigt het hof de schuldsanering zonder verlening van de schone lei, omdat hierdoor een bovenmatige schuld is ontstaan. De Hoge Raad vernietigt dit oordeel, omdat uit het wettelijk stelsel van de schuld-

65 Zie ook noot bij HR 13 september 2013, *JOR* 2014, 50 m.nt. R.I.V.F Bertrams.

66 HR 22 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8092.

67 Rb. Roermond (Vzr.) 17 mei 2013, *JOR* 2013, 327.

68 HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7459.

sanering volgt dat het tekortschieten van de saniet in de nakoming van zijn verplichtingen uit de schuldsanering slechts dan reden is om de schone lei te onthouden indien de tekortkoming hem kan worden toegerekend.

In de zaak voor de Hoge Raad⁶⁹ van 15 januari 2013 verzocht de bewindvoerder een tussentijdse beëindiging van de schuldsanering. De rechtbank heeft dit verzoek afgewezen, de bewindvoerder ontslagen en een nieuwe bewindvoerder aangesteld. De oud-bewindvoerder gaat hiertegen in hoger beroep. De Hoge Raad stelt dat hoger beroep ex artikel 351 lid 1 Fw uitsluitend openstaat voor de schuldenaar en degene 'die het verzoek tot beëindiging heeft gedaan', maar niet voor belanghebbenden. De oud-bewindvoerder had ten tijde van het instellen van het hoger beroep niet meer de hoedanigheid van bewindvoerder en is dus niet-ontvankelijk.

Sinds de uitspraak van de Hoge Raad in 2012 kent de schuldsanering een materieel einde, zijnde na het aflopen van de termijn ex artikel 349a Fw, en een formeel einde, namelijk het verbindend worden van de slotuitdelingslijst ingevolge artikel 356 lid 2 Fw.⁷⁰ De beschikking van de Hoge Raad van 29 maart 2013⁷¹ verduidelijkt de bevoegdheden van de bewindvoerder in de tussentijdse periode. De bewindvoerder dient ingevolge artikel 356 lid 1 Fw onverwijld over te gaan tot het opmaken van de slotuitdelingslijst nadat de uitspraak ex artikel 354 Fw in kracht van gewijsde is gegaan. In de tussentijd blijft de bewindvoerder echter bevoegd baten te innen voor de boedel en blijft hij dus bevoegd een reeds bestaande vordering te vereffenen (lees: te innen) na het verstrijken van de termijn uit artikel 349a Fw. De bewindvoerder moet

dan zowel bij het innen van de baten als bij het opmaken van de slotuitdelingslijst voortvarend te werk gaan. Hoe voortvarend, is afhankelijk van een belangenafweging tussen het nadeel van de schuldenaar bij een langere voortzetting van de schuldsanering en het belang van de gezamenlijke schuldeisers.

Een faillissement kan ingevolge artikel 15b Fw worden opgeheven onder het gelijktijdig uitspreken van de schuldsaneringsregeling. Tegen deze beslissing kunnen geen rechtsmiddelen worden ingesteld, aldus artikel 15c Fw. Tegen de tegelijk genomen beslissing omtrent de looptijd van de schuldsaneringsregeling kunnen volgens de Hoge Raad⁷² echter wel rechtsmiddelen worden ingesteld, omdat deze beslissing wordt beheerst door Titel III van de Faillissementswet. <<

69 HR 15 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7632.

70 HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0890.

71 HR 29 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1411, *NJ* 2013, 305, m.nt. F.M.J. Verstijlen.

72 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:699.