

Kroniek Insolventierecht 2004

Menno van Oostveen, Jeroen Rommes en Ilan Spinath*

In dit nummer deel I van de Kroniek Insolventierecht 2004.¹ In deze kroniek wordt de schuldsanering van natuurlijke personen buiten beschouwing gelaten,² evenals het invorderingsrecht van de Ontvanger der Rijksbelastingen.

DEEL I

- Actio Pauliana
- Beroep op en van R-C (zie ook Curator)
- Bestuurdersaansprakelijkheid (Boek 2 BW)
- Bestuurdersaansprakelijkheid (Onrechtmatige daad)
- Bodemvoorrecht
- Boedelomvang
- Curator
- Enquêteprocedure
- Faillietverklaring
- Gefailleerde
- Huur
- Internationale aspecten
- Misbruik faillissement

DEEL II

- Onverschuldigde betaling
- Processuele aspecten
- Renvoiprocedure
- Separatisten (hypotheek en – stil – pandrecht)
- Surseance van betaling
- Vennootschapsrechtelijke aspecten
- Verificatie van vorderingen
- Verrekening
- Wederkerige overeenkomsten
- Wederzijdse zekerhedenregeling
- Werknemers (zie ook Misbruik faillissement)

ACTIO PAULIANA

Door een curator is ex art. 42 Fw de nietigheid ingeroepen van de overdracht van een schadevergoedingsvordering.³ De curator heeft echter in rechte geen vordering ingesteld en gaat op een gegeven moment over tot opheffing van het faillissement. Geconcludeerd wordt dat het hof van een juiste rechtsopvatting blijkt heeft gegeven door aan te nemen dat het enkele door de curator initiëren van een opheffing van het faillissement geen bewuste afstand door de curator oplevert van een eerder door hem gedaan beroep op nietigheid.

Rechtbank Dordrecht oordeelde dat moet worden aangenomen dat de voor een succesvol beroep op de faillissementspauliana vereiste benadeling van schuldeisers alleen betrekking kan hebben op de pre-faillissementsschuldeisers, niet op de schuldeisers die een vordering op de failliet stellen te

hebben die na het uitspreken van het faillissement is ontstaan, zoals in casu enig positief saldo dat had kunnen resteren voor de aandeelhouder na de afwikkeling van het faillissement van de vennootschap.⁴

Een curator beriep zich met succes op de pauliana ex art. 42 juncto 43 Fw met betrekking tot een cessie van een vordering van de schuldenaar op een derde voor een (veel) te lage prijs aan een cessionaris.⁵ Door betaling door de derde aan de cessionaris is de vordering echter tenietgegaan, waardoor de vordering niet meer kan worden teruggegeven. De rechtbank oordeelde dat op basis van de onderhavige omstandigheden een schadevergoedingsverplichting is ontstaan voor de cessionaris.

Een schuldenaar van de failliet had zijn schuld aan gefailleerde ten onrechte aan een schuldeiser van de gefailleerde voldaan.⁶ De curator vorderde terugbetaling door

de schuldeiser van het ontvangen bedrag. Tegenover de vordering tot afdracht van hetgeen de schuldeiser ten onrechte had ontvangen deed de schuldeiser onder meer een beroep op verrekening met een vordering die hij op gefailleerde had. Onder verwijzing naar het arrest-Kuijsters/Gaalman⁷ wees het hof het beroep op verrekening af onder de overweging dat dit in strijd zou zijn met het doel en de strekking van art. 42 juncto 51 Fw welke artikelen beogen de paritas creditorum te herstellen. De Hoge Raad oordeelde dat het enkele feit dat een vordering strekt tot ongedaanmaking van een uitbetaling van een schuld aan de gefailleerde aan diens schuldeiser, welke uitbetaling ten onrechte heeft

* De eerste twee auteurs zijn als advocaat werkzaam bij AKD Prinsen Van Wijmen N.V. te Utrecht, de derde auteur is advocaat bij Loyens & Loeff N.V. te Amsterdam.



plaatsgevonden en daarom ongedaan moet worden gemaakt, onvoldoende grond oplevert voor het oordeel dat het in strijd zou zijn met doel en strekking van art. 42 in verband met art. 51 Fw om deze vorderingen te verrekenen met een schuld van de gefailleerde aan degene aan wie de uitbetaling is geschied.

Tussen een aantal vennootschappen en de bank was een compensatie- en hoofdelijkheidsverklaring overeengekomen.⁸ Circa twee weken vóór faillissement heeft de bank het creditsaldo, groot f 2.596.172,33, van de rekening van de latere failliet gedebiteerd en een rekening van een andere in de kredietovereenkomst betrokken vennootschap voor een gelijk bedrag gecrediteerd. De curator tracht deze gewraakte overboeking aan te pakken en doet daarbij een beroep op vernietiging van de compensatieverklaring en de hoofdelijkheidsverklaring op grond van doeloverschrijding en art. 42 Fw en daarnaast de vernietiging van de gewraakte overboeking op basis van art. 47 Fw en art. 54 Fw. De curator krijgt nul op het rekest. Doeloverschrijding wordt in casu niet aangenomen. Omdat de vennootschappen zich jegens de bank hebben verplicht om een compensatie- en hoofdelijkheidsverklaring af te leggen zijn beide verklaringen niet onverplicht verricht in de zin van art. 42 Fw; de daarop gebaseerde overboeking is evenmin onverplicht verricht. Aangezien de overboeking een eigenmachtige actie van de bank was, is er geen sprake van een voldoening door de schuldenaar in de zin van art. 47 Fw. Art. 54 Fw kan ook niet worden toegepast. De bank heeft geen schuld aan of vordering op de schuldenaar overgenomen in de zin van art. 54 Fw.

BEROEP OP EN VAN R-C (ZIE OOK CURATOR)

Alhoewel de praktijk leert dat er veelvuldig een beroep wordt gedaan op de rechter-commissaris in faillissementen en surseances, leiden die beroepen zelden tot publicaties. Zo ook in 2004.

Een beschikking van een rechter-commissaris die het tot de Hoge Raad bracht betreft die waarin de rechter-commissaris in het faillissement in het kader van een getuigenverhoor ex art. 66 Fw de failliet en diens raadsman de toegang tot een getuigenverhoor ontzegde. Van dit besluit komt de failliet in beroep bij het hof. Die verklaart de failliet niet-ontvankelijk in zijn beroep. Daartoe overweegt het hof dat de beslissing van de rechter-commissaris, gegeven in het kader van een getuigenverhoor ex art. 66 Fw, een beschikking is waarop art. 67 lid 1 Fw van toepassing is. De failliet had van de beschikking van de rechter-commissaris binnen vijf dagen hoger beroep kunnen instellen bij de rechtbank. Dat is in het onderhavige geval niet gebeurd, zodat de failliet in zijn hoger beroep niet-ontvankelijk is. Van deze uitspraak komt de failliet in cassatie. Hij stelt daarbij met name dat sprake is van een beslissing van de enkelvoudige kamer van de rechtbank, waaruit volgt dat hoger beroep tegen die beslissing op grond van art. 358 lid 2 Rv binnen drie maanden bij het hof

kan worden ingesteld. Het cassatieverzoek faalt echter op alle onderdelen zodat de Hoge Raad dat verzoek verwerpt.⁹

Art. 179 Rv bepaalt dat getuigen worden gehoord in het bijzijn van partijen. Rechtbank Groningen oordeelt dat art. 179 Rv van overeenkomstige toepassing is op een verhoor door de rechter-commissaris (art. 66 Fw).¹⁰ Bestuurders van een failliete vennootschap die als zodanig door de curator op grond van art. 2:248 BW aansprakelijk zijn gesteld, zijn als partij aan te merken en mitsdien bevoegd de getuigenverhoren in het kader van art. 66 Fw bij te wonen. Het eigen karakter van het verhoor ingevolge art. 66 Fw, strekkende tot opheldering van de omstandigheden die het faillissement betreffen, doet daaraan niet af.

BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID (BOEK 2 BW)

Nadat een geschil tussen de certificaathouders van een besloten vennootschap uit de hand is gelopen, hebben twee van certificaathouders, van wie één ook bestuurder van de vennootschap was, alle activiteiten van de desbetreffende vennootschap overgedragen aan een andere vennootschap, met buitensluiting van de certificaathouder waarmee men gebrouilleerd was. De achtergebleven lege vennootschap gaat kort daarna failliet. De curator spreekt niet alleen de bestuurder

1 Zoals gepubliceerd in Rechtspraak van de Week (RvdW), Nederlandse Jurisprudentie (NJ), Nederlandse Jurisprudentie, feitenrechtspraak civiele zaken (NJF) en Jurisprudentie Ondernemingsrecht (JOR), alsmede in de rubriek Ongepubliceerde Jurisprudentie in de in het Tijdschrift voor Insolventierecht (Tvl) opgenomen Insolad Nieuwsbrief (Nieuwsbrief Tvl). Voorzover uitspraken in 2004 zowel in RvdW als NJ zijn verschenen, is er naar gestreefd alleen de NJ-vindplaats te vermelden. Voorzover uitspraken in 2004 zowel in JOR als enig ander tijdschrift zijn opgenomen, is er naar gestreefd steeds beide vindplaatsen te vermelden. Uitspraken die in 2003 in één van de bovengenoemde tijdschriften zijn gepubliceerd, en in

2004 in enig ander tijdschrift, worden hier niet meer besproken als ze al zijn besproken in de Kroniek Insolventierecht 2003, *Advocatenblad* 2004-7, p. 342 e.v., en *Advocatenblad* 2004/8, p. 394 e.v. Deze Kroniek is samengesteld op basis van eigen selectie door de auteurs uit de jurisprudentie, zonder de pretentie van volledigheid. Voor de gepubliceerde rechtsgeleerde literatuur op het gebied van insolventie verwijzen wij naar de overzichten die F.P. van Koppen regelmatig in Tvl publiceert, laatstelijk over januari-juni 2005, Tvl 2005/5, p. 163 e.v.

2 Zie hiervoor de jurisprudentieoverzichten die tweemaandelijks verschijnen in het tijdschrift

SchuldSanering. Zie hiervoor verder ook de website www.rvr.org.

3 HR 16 april 2004, JOR 2004/252.
 4 Rechtbank Dordrecht 11 februari 2004 en 1 september 2004, JOR 2004/314.
 5 Rechtbank 's-Hertogenbosch 2 juni 2004, JOR 2004/257.
 6 HR 6 februari 2004, NJ 2004, 266, JOR 2004/119.
 7 HR 30 september 1994, NJ 1995, 626.
 8 Rechtbank Amsterdam 10 december 2003, JOR 2004/116.
 9 HR 14 mei 2004, JOR 2004/256.
 10 Rechtbank Groningen 26 november 2004, JOR 2005/49.

aan in zijn hoedanigheid van bestuurder, maar ook diens medecertificaathouder als partner-in-crime, en de vennootschap waarin de activiteiten zijn ondergebracht. De Rechtbank Maastricht veroordeelt de bestuurder maar wijst de vorderingen tegen de certificaathouder-niet-bestuurder en de nieuwe vennootschap af. De curator gaat van dit vonnis in hoger beroep, waar de veroordeelde bestuurder incidenteel appel instelt. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank voor wat betreft de bestuurder. Het hof oordeelt tevens, dat nu de andere certificaathouder heeft geprofiteerd van deze activa-overdracht (zij werd later ook aandeelhouder van de nieuwe vennootschap) haar eveneens een verwijt kan worden gemaakt. Zij heeft feitelijk gebruikgemaakt van de wanprestatie van de bestuurder, hetgeen een onrechtmatige daad oplevert jegens de schuldeisers van de gefailleerde vennootschap. Datzelfde lot treft de nieuwe vennootschap, die immers ook heeft geprofiteerd van de wanprestatie van de bestuurder.¹¹

De curator die poogt aansprakelijkheid van aandeelhouders te vestigen op grond van art. 2:180 BW ziet zijn vordering afgewezen door de Rechtbank Breda.¹² De rechtbank stelt dat uit vaste jurisprudentie blijkt dat een beroep op art. 2:180 lid 2 BW niet aan de curator toekomt. De curator stelde daarnaast echter de bestuurders van de gefailleerde vennootschap aansprakelijk op grond van art. 2:248 BW, aangezien niet kon worden gesteld dat was voldaan aan de boekhoudplicht zoals neergelegd in art. 2:10 BW. Een gedegen financiële administratie ontbreekt, de boekhouding is meermalen opnieuw ingeboekt zonder opgave van een geldige reden en zonder bekend te maken welke versie de juiste is. Er was geen bijgewerkt kas- en bankboek. Een sluitende omzet- en kostenadministratie en factuurmappen van debiteuren en crediteuren ontbraken en er was ook geen debiteuren- en crediteurenlijst aanwezig, noch kon die worden uitgedraaid. Bankrekeningen van verschillende vennootschappen werden door elkaar heen gebruikt. Bovendien was de boekhouding noch de jaarrekening correct, omdat daarin werd gesteld dat het aandelenkapitaal was volgestort, hetgeen onjuist bleek. Op grond van deze



omstandigheden oordeelt de rechtbank dat er reden is om het bestuur aansprakelijk te houden op grond van art. 2:248 BW en veroordeelt het bestuur tot vergoeding van de schade, nader op te maken bij staat.

Het bestuur van een stichting die is onderworpen aan vennootschapsbelasting, kan aansprakelijk zijn op grond van art. 2:138 BW (art. 2:300a BW). Dat bleek het geval te zijn in het faillissement van Stichting Befra.¹³ De stichting was enig beherend vennoot van een cv, waarin gelden van derden werden belegd. Na het faillissement van de stichting bleek, dat de VPB-plichtige stichting een onvolledige administratie had gevoerd. Zo bevatten de aanwezige jaarrekeningen onjuiste gegevens, sloten zij niet aan op de aangetroffen boekhouding en ontbraken diverse primaire administratieve bescheiden. Het was niet mogelijk gebleken uit de aanwezige administratie een betrouwbare vermogenstoestand van de stichting af te leiden. De Rechtbank Utrecht stelde vast dat teneinde het publiek te beschermen tegen de risico's van vermogensbeheeractiviteiten, waarvan de bestuurders allen op de hoogte waren, op de bestuurders een extra zorgplicht rustte. Van bestuurders van rechtspersonen die gelden of vermogenswaarden van derden beheren mag verwacht worden dat zij erop toezien dat zorgvuldig met die gelden en vermogenswaarden wordt omgegaan. Aan hen worden extra eisen gesteld met name op het gebied van interne controle en administratie. Daarop oordeelde de rechtbank dat er reden was om bestuurders aansprakelijk te houden op grond van onbehoorlijk bestuur, waarbij hij de aansprakelijkheid echter deels matigt tot nihil en deels tot 20% van het faillissementsdeficit met een maximum.

Bij onbehoorlijke taakuitoefening door het bestuur is in beginsel iedere bestuurder daarvoor aansprakelijk behoudens bewijs van een situatie als omschreven in art. 2:248 lid 3 BW (2:138 lid 3 BW). Het staat een

curator van een failliete vennootschap vrij om op voorhand te erkennen dat zich ten aanzien van bepaalde (feitelijk) bestuurders een omstandigheid voordoet als bedoeld in art. 2:248 lid 3 BW en hen daarom direct al niet aansprakelijk stelt. Uit het zogenaamde Ogem-arrest volgt dat de bestuurstaak van het bestuur van een topholding zich mogelijk uitstrekt tot het bestuur van de onder haar ressorterende dochtervennootschappen. Indien het belang van de groep dit eist, dit ter beoordeling van centrale leiding, is de topholding ook verplicht aanwijzingen en instructies te geven. Daaruit vloeit voort dat het bestuur van topholding mede aansprakelijk kan zijn voor onbehoorlijk bestuur van de dochtermaatschappijen.¹⁴

De bestuurder die aansprakelijk is gesteld door de curator en die op grond daarvan een bedrag aan de boedel betaalt, krijgt daardoor niet een regresrecht op de boedel en wordt dus voor deze betaling ook niet (voorwaardelijk) schuldeiser van de boedel. Aan de aansprakelijke bestuurder komt dan ook niet een beroep toe op de rechter-commissaris, als bedoeld in art. 69 Fw.¹⁵

Alhoewel een dividendbesluit het besluit was van de aandeelhouder, meenden curator, rechtbank en hof dat het besluit om, terwijl de vennootschap in moeilijkheden verkeerde, een dividenduitkering te doen aan de aandeelhouder van een bedrag dat vier keer zo groot als de over het voorgaande jaar behaalde positief resultaat, kan leiden tot de vaststelling dat sprake was van onbehoorlijk bestuur als belangrijke oorzaak van het faillissement. Het bestuur heeft immers meegewerkt aan de uitvoering van het dividendbesluit. Dit oordeel houdt ook in cassatie stand.¹⁶

Een bestuurder van een vennootschap die gedurende een langere periode voor cliënten risicovolle transacties aangaat, zonder voor die transacties voldoende zekerheid van haar cliënten te hebben verlangd en verkregen en

die tevens aanzienlijk verliesleidende transacties niet heeft gestaakt of anderszins acties heeft ondernomen om de verliezen te beperken, heeft niet gehandeld zoals een redelijk handelend bestuurder in dezelfde omstandigheden zou hebben gedaan. Derhalve is er sprake van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling.¹⁷

Wanneer van het meerhoofdige bestuur één der bestuurders elke bemoeienis met het bestuur van de vennootschap achterwege heeft gelaten, bestaat daarin nog geen grond van matiging van zijn aansprakelijkheid wanneer het collectieve bestuur aansprakelijk is op grond van onbehoorlijk bestuur als belangrijke oorzaak voor het faillissement. Dat het faillissementsdeficit nog niet volledig vaststaat, staat er niet aan in de weg dat voordien een deel van de vordering al aan de curator wordt toegewezen, te weten voor het bedrag dat op dat moment al vaststaat.¹⁸

De freelancer die gedurende een periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement van een besloten vennootschap van de enig statutair bestuurder van die vennootschap een algehele volmacht heeft verkregen om handelingen te verrichten ten behoeve van de bedrijfsvoering van die vennootschap, en die feitelijk een zodanige machtspositie binnen de vennootschap had dat hij het beleid kon bepalen, is aansprakelijk te stellen als feitelijk bestuurder in de zin van art. 2:248 lid 7 BW indien zijn beleid blijkt geeft van onbehoorlijk bestuur als belangrijke oorzaak van het faillissement. Dit wordt niet anders doordat de feitelijk bestuurder niet de enige (feitelijk) bestuurder is geweest noch indien de aansprakelijke feitelijk bestuurder geen voordeel heeft gehad van zijn handelen.¹⁹

De bestuurder die door de curator in een procedure wordt betrokken waarbij wordt gevorderd dat hij aansprakelijk zal worden gehouden op grond van art. 2:248 BW kan niet die curator in persoon in vrijwaring

oproepen vanwege een vermeende tekortkoming in het beheer en de vereffening van het vermogen van de failliete vennootschap. Lid 4 van art. 2:248 BW staat eraan in de weg dat de curator in vrijwaring wordt opgeroepen; bij gebleken onbehoorlijke taakvervulling van de curator kan de rechtbank bij aansprakelijkheid van de bestuurder diens aansprakelijkheid matigen.²⁰

BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID (ONRECHTMATIGE DAAD)

Wanneer een vennootschap kort voor haar faillissement betalingen doet aan enkele van haar crediteuren, waaronder aan de vennootschap gerelateerde crediteuren, staat voor de curator in beginsel niet een beroep art. 6:162 BW, doch primair op art. 47 Fw open. Wanneer de curator niet aannemelijk kan maken dat aan de criteria van art. 47 Fw is voldaan kan, behoudens bijzondere omstandigheden, niet worden geoordeeld dat de bestuurder van de gefailleerde vennootschap aansprakelijk is op grond van art. 6:162 BW.²¹

De crediteur van een gefailleerde vennootschap maakt uit de verslagen van de curator op dat er sprake is geweest van malversaties, en bovendien dat aan de concurrente crediteuren geen uitkering kan worden gedaan. De crediteur spreekt daarop de bestuurder van de gefailleerde vennootschap aan op grond van onrechtmatige daad. De rechtbank stelt vast dat een bestuurder slechts aansprakelijk kan zijn op basis van onrechtmatige daad indien de crediteur aantoonbaar dat er sprake was van onrechtmatig handelen jegens de individuele crediteur zelf. Daarvan is echter niet gebleken. Het feit dat enkele crediteuren mogelijk volledig zijn voldaan is onvoldoende om vast te stellen dat er sprake is van een onrechtmatige daad jegens de crediteur in kwestie.²²

BODEMVOORRECHT

In zijn arrest in het faillissement van de Koerto-vennootschappen heeft de Hoge Raad een drietal vragen beantwoord met betrekking tot het bodemvoorrecht in faillissementen.²³ De eerste vraag was of het bodemvoorrecht van de fiscus ook geldt voor een belastingschuld die materieelrechtelijk is ontstaan vóór de datum van het faillissement, maar die pas na het faillissement in een naheffingsaanslag is geformaliseerd. Deze vraag deed de Hoge Raad simpelweg af met een verwijzing naar zijn arrest in de zaak van Aerts q.q./ABN Amro;²⁴ daarin heeft de Hoge Raad reeds bevestigd dat het bodem(voor)recht geldt voor de materiële belastingschuld op het moment van faillissement, al is die niet geformaliseerd in een aanslag.

De tweede vraag die aan de Hoge Raad voorlag was, of de curator zich namens de Ontvanger tegenover de bank als stil pandhouder op het bodem(voor)recht kan beroepen terzake van boedelvorderingen, die materieel en formeel zijn ontstaan ná de datum van het faillissement. De Hoge Raad heeft hierover geoordeeld dat art. 57 lid 3 Fw niet van toepassing is voor boedelcrediteuren; die hebben al voldoende andere mogelijkheden om hun vordering te doen gelden tegenover bevoorrechte schuldeisers.

Het antwoord op de derde vraag, te weten of het bodem(voor)recht ook geldt voor de verhogingen van de aanslagen als boetes, luidt ontkennend. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat een straf in de zin van art. 6 EVRM, en in die zin moet een boete worden opgevat, niet kan worden gebracht ten laste van een ander dan degene aan wie deze straf is opgelegd, zijnde de gefailleerde.

Een bestuurder van een vennootschap die werd geconfronteerd met een voorgenomen bodembeslaglegging door de belastingdeurwaarder, deed een dringend verzoek op de

11 Hof 's-Hertogenbosch 27 april 2004, JOR 2004/226.

12 Rechtbank Breda 31 maart 2004, JOR 2004/130.

13 Rechtbank Utrecht 9 juni 2004, JOR 2004/227.

14 Hof 's-Hertogenbosch 13 juli 2004, JOR 2004/292.

15 HR 20 februari 2004, NJ 2004, 252.

16 HR 6 februari 2004, JOR 2004/67.

17 Hof Amsterdam 5 februari 2004, JOR 2004/188.

18 Hof Leeuwarden 13 oktober 2004, JOR 2004/296.

19 Hof 's-Hertogenbosch 23 september 2003, JOR 2004/5.

20 Rechtbank Utrecht 18 augustus 2004, JOR 2004/290.

21 Rechtbank Utrecht 14 januari 2004, NJF 2004, 224.

22 Rechtbank Arnhem 27 augustus 2003, NJF 2004, 101.

23 HR 28 november 2003, NJ 2004, 81 m.nt. PvS.

24 HR 26 juni 1998, NJ 1998, 745 m.nt. PvS.

Ontvanger om af te zien van het doen leggen van bodembeslag. De bestuurder stelt bezig te zijn met een overname, welke overname door een bodembeslag danig zal worden gefrustreerd. Als de Ontvanger instemt met opschorting van maatregelen voert de bestuurder daags daarna een bodemverhuurconstructie door. Enkele weken daarna faillieert de vennootschap. De Belastingdienst houdt de bestuurder persoonlijk aansprakelijk. In eerste instantie wijst de rechtbank de vordering van de Belastingdienst toe; het hof oordeelt in appel echter dat de enkele omstandigheid dat de bodemverhuurconstructie is toegepast, niet meebrengt dat het uitvoeren van die constructie tegenover de Ontvanger onrechtmatig is. Het zou anders kunnen zijn indien de constructie uitsluitend ten doel had om een reeds dreigend bodembeslag te frustreren. Daarvan was echter niet gebleken.²⁵

BOEDELOMVANG

Een natuurlijk persoon heeft vóór zijn persoonlijke faillissement een stichting opgericht en zijn huis aan die stichting laten leveren. De conclusie lijkt gerechtvaardigd dat deze transactie was aangegaan om verhaal door zijn (privé-)schuldeisers op dit vermogensbestanddeel te verijdelen. Ondanks dat de feiten en omstandigheden van het geval met zich meebrachten dat er misbruik werd gemaakt van rechtspersoonlijkheid besloot de rechtbank op grond van de aangelegde criteria in het arrest-Krijger/Citco²⁶ dat in casu geen sprake was van dusdanig uitzonderlijke omstandigheden dat tot vereenzelviging van de failliet en de stichting kan worden geconcludeerd.²⁷ Wel werd vastgesteld dat zowel de stichting als haar bestuur onrechtmatig heeft gehandeld door het meewerken aan en instandhouden van de constructie.

Ook een andere curator heeft in de in 2004 gepubliceerde rechtspraak een beroep op vereenzelviging gedaan tussen een natuurlijk persoon en een rechtspersoon. Rechtbank Arnhem heeft ook onder de in deze casus aanwezige omstandigheden geoordeeld dat er geen sprake was van dusdanig bijzondere omstandigheden dat vereenzelviging kon worden geconcludeerd.²⁸ De verregaande terughoudendheid door de Hoge Raad bij de

toepassing van vereenzelviging bovenstaande uitspraken instaan

Geruime tijd voor zijn faillissement kocht de heer Mos een aantal vergunningen die overgedragen aan een andere partij. De heer Mos heeft verklaard medewerking te zullen verlenen om de tenaamstelling van de vergunningen te wijzigen bij het desbetreffende ministerie. Verzoeken tot overdracht zijn naar het ministerie verzonden. Geruime tijd later wordt de heer Mos failliet verklaard terwijl de tenaamstelling nog niet was veranderd. De curator verkoopt de vergunningen aan een andere partij. De vraag is of de aan de vergunningen verbonden rechten in de faillissementsboedel en dus of de curator wel kon verstrekt worden. De Hoge Raad oordeelde dat mede op grond van de strekking van art. 35 lid 1 Fw moet worden afgeleid dat voor de beantwoording van deze vraag niet beslissend is of zich vóór het faillissement een wijziging in de privaatrechtelijke verhoudingen heeft voorgedaan, maar of op de faillissementsdatum die wijziging door aanpassing van de tenaamstelling langs publiekrechtelijke weg is geëffectueerd.²⁹ Nu de verkoop niet was gevolgd door wijziging van de tenaamstelling heeft het hof terecht geoordeeld dat de aan de vergunningen verbonden rechten in de faillissementsboedel vielen.

CURATOR

De curator is (in de in 2004 gepubliceerde rechtspraak) meerdere malen aansprakelijk gehouden. In het navolgende is onderscheid gemaakt tussen aansprakelijkheid van de curator q.q. of pro se.

In het arrest van de Hoge Raad van 19 december 2003 worden de curatoren van Mobell B.V. q.q. aansprakelijk gehouden.³⁰ In casu zijn voorraden door een crediteur onder eigendomsvoorbehoud geleverd aan de failliet. De curatoren hebben gedurende de afkoelingsperiode zonder toestemming van de crediteur deze zaken verkocht en geleverd aan een koper onder het beding dat de koper de rechten van derden, waaronder die uit hoofde van eigendomsvoorbehoud,



zou respecteren en honoreren. De curatoren hebben in casu onrechtmatig gehandeld en worden q.q. aansprakelijk gehouden voor de schade. Een belangrijk verwijt daarbij is dat de curatoren de belangen van de crediteur als separatist onder de omstandigheden van dit geval tekort hebben gedaan door de zaken in de feitelijke macht van de koper te brengen zonder zich tevoren ervan te vergewissen of de crediteur daarmee instemde.

Het Hof 's-Hertogenbosch moest zich buigen over de vraag of een bewindvoerder, later curator, persoonlijk aansprakelijk was voor betalingsverplichtingen jegens een boedelschuldeiser voor verrichte werkzaamheden ná het uitspreken van de surseance van betaling.³¹ Het hof komt tot de conclusie dat de bewindvoerder heeft gehandeld zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende bewindvoerder die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. Hierbij is onder meer van belang dat de betalingsproblemen voor de bewindvoerder in redelijkheid niet te voorzien zijn geweest ten tijde van het aangaan van de verplichtingen en de verzonden correspondentie door partijen.

Rechtbank Arnhem heeft een curator zowel q.q. als privé aansprakelijk gehouden.³²

In dit geval had de curator een activatransactie niet mogen uitvoeren zonder een stille vennoot van tevoren te informeren over het faillissement en de voorgenomen verkoop en te vragen of zij gebruik wenste te maken van haar in de cv-akte verankerde recht om de onderneming voort te zetten in het geval van het onderhavige faillissement. De curator was gebonden aan de cv-akte en diende dit recht van de stille vennoot te respecteren. De curator heeft onzorgvuldig en verwijtbaar gehandeld door de onderneming over te dragen zonder de stille vennoot op de hoogte te stellen.

Naast het aansprakelijk stellen van een curator of bewindvoerder is er ook ruim aandacht geweest voor de verstrekking van informatie door de curator en verstrekking van informatie aan de curator.

Op 1 januari 2002 is art. 3:15j BW in werking getreden, waarbij crediteuren onder omstandigheden openlegging van de boekhouding van failliet van de curator kunnen vorderen. In de Kroniek Insolventierecht 2003 hebben wij de verwachting uitgesproken dat dit artikel de komende jaren het nodige stof zal laten opwaaien.³³ In 2004 is deze verwachting reeds uitgekomen. Hof Amsterdam moest zich in hoger beroep uitlaten over de reikwijdte van dit artikel in het faillissement van Jomed N.V.³⁴ Het hof oordeelde evenals de voorzieningenrechter eerder, dat de crediteuren in casu geen rechtstreeks en voldoende belang hadden om van de curator openlegging van de boekhouding te vorderen. Een rechtstreeks en voldoende belang dient aldus te worden uitgelegd dat de openlegging dient om bewijs te kunnen vergaren omtrent de omvang of hoedanigheid van een vordering. Het door de crediteuren gestelde belang was gelegen in de wens om zich een gefundeerd oordeel te kunnen vormen over de vraag of hun belangen naar behoren werden behartigd bij het beheer en



de vereffening door de curator. Een dergelijk belang valt buiten de reikwijdte van art. 3:15j BW. De faillissementswet voorziet in een eigen specifieke rechtsgang voor dergelijke belangen, zijnde dat de crediteurencommissie of een individuele schuldeiser een verzoek aan de curator kan doen voor openlegging, bij weigering gevolgd door het uitlokken van een beslissing van de rechter-commissaris ex art. 69 Fw.

Bovengenoemde crediteuren hadden tevens een dergelijke beslissing van de rechter-commissaris uitgelokt inzake de weigering van de curator om informatie te verschaffen en om te vorderen dat de openbare verslagen werden aangevuld. Omdat de beslissing van de rechter-commissaris de bovengenoemde crediteuren niet tevreden stemde, zijn zij vervolgens in beroep gegaan.³⁵ De rechtbank meent dat de crediteuren een zeker recht op informatie hebben, hoewel dat recht niet met zoveel woorden in de wet is vermeld. Telkens zal, alle omstandigheden in aanmerking genomen, moeten worden bezien of de verlangde informatie van dien aard is, dat de crediteuren deze in redelijkheid nodig hebben om van hun rechten met betrekking tot het beheer van de boedel gebruik te kunnen maken. Het merendeel van de verzoeken om informatie wordt afgewezen. Verder bepaalt de rechtbank dat de rechter-commissaris in beginsel kan

worden verzocht aan curatoren een bevel te geven omtrent de inhoud en de inrichting van het openbaar verslag. In onderhavige kwestie hebben de crediteuren onvoldoende toegelicht waarom de verslagen, buiten de aanvulling die de rechter-commissaris reeds heeft bevolen, niet voldoen aan de eisen die daaraan moeten worden gesteld. De rechtbank overweegt daarbij dat in acht dient te worden genomen dat het openbaar verslag ertoe dient de schuldeisers en geïnteresseerde derden een globaal inzicht te geven in ontwikkeling en de stand van de boedel. Het openbaar verslag dient niet als een volledige verantwoording van de afwikkeling van de boedel. Die verantwoording zijn curatoren verschuldigd aan de rechter-commissaris die met het toezicht op het beheer en vereffening van de failliete boedel is belast.

Kern van een ander geschil is de vraag of een curator als zodanig in verband met zijn onderzoek naar geld-, diensten- en goederenstromen tussen de gefailleerde vennootschap en haar niet-gefaillieerde (klein)dochtervennootschappen recht heeft op onbeperkte inzage in de administratie van die (klein)dochtervennootschappen.³⁶ Naar het oordeel van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Breda bestaat voor een zo vergaand recht van de curator geen wettelijke basis. Ook de stelling van de curator, die daarbij een beroep doet op analoge toepassing van art. 3:15j BW,

25 Hof Amsterdam 8 januari 2004, *Nieuwsbrief TVI* 2004/3, p. 24.

26 HR 9 juni 1995, *NJ* 1996, 213.

27 Rechtbank Arnhem 18 februari 2004, *JOR* 2004/120.

28 Rechtbank Arnhem 21 januari 2004, *JOR* 2004/250.

29 HR 9 april 2004, *JOR* 2004/181.

30 HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 293, *JOR* 2004/61.

31 Hof 's-Hertogenbosch 4 mei 2004, *JOR* 2004/255.

32 Rechtbank Arnhem 21 juli 2004, *JOR* 2004/333.

33 *Advocatenblad* 2004, p. 348.

34 Hof Amsterdam 15 januari 2004, *JOR* 2004/62.

35 Rechtbank Amsterdam 7 april 2004, *NJ* 2004, 529, *JOR* 2004/180.

36 Voorzieningenrechter Rechtbank Breda 2 februari 2004, *JOR* 2004/90.

dat het door hem gevorderde noodzakelijk is voor een behoorlijke taakvervulling van zijn rol als curator vormt daartoe onvoldoende grondslag. In beginsel kan de curator de benodigde informatie slechts verkrijgen door het onderzoeken van de administraties van de gefailleerde vennootschappen. De voorzieningenrechter oordeelt echter dat als de curator van de gefailleerde vennootschappen gebrekkige en onvolledige informatie verkrijgt hij toch voldoende belang kan hebben om ook inzage te verkrijgen in de rekeningcourantverhoudingen gezien vanuit de positie van de niet-gefaillieerde (klein)dochtervennootschappen.³⁷

Ten slotte heeft het hof nog een arrest gewezen met betrekking tot de verschuldigdheid van vastrecht door een curator. Het hof oordeelde dat een curator in casu niet kon worden aangemerkt als natuurlijk persoon in de zin van art. 2 lid 3 sub d Wet tarieven in burgerlijke zaken.³⁸ Bepalend voor het vastrecht is de staat van de rechthebbenden op de failliete boedel, die de curator vertegenwoordigt. In casu waren dat de failliete boedels van diverse rechtspersonen.

ENQUÊTEPROCEDURE

In een uitspraak van 5 januari 2004 oordeelde de Ondernemingskamer dat een failliete moedervennootschap niet-ontvankelijk is in haar enquêteverzoek voorzover zich dat richt tegen de curator q.q. als bestuurder van haar dochtervennootschap.³⁹ Een enquêteonderzoek betreft het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon. Een verzoek tot het bevelen van een onderzoek naar de gedragingen van natuurlijke personen die deel uitmaken van organen van de rechtspersoon valt gezien art. 2:344 BW processueel buiten het bereik van het recht van enquête. In dezelfde zaak oordeelde de Ondernemingskamer dat de failliete rechtspersoon ook zonder medewerking en instemming van de curator bevoegd is een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van haar dochtervennootschap te verzoeken. Het faillissement leidt er niet toe dat een failliete rechtspersoon de hem ingevolge art. 2:346 onder b BW toekomende bevoegdheid verliest.

FAILLIETVERKLARING

Op vordering van een curator is met succes de holding én de bestuurder van de holding in privé aansprakelijk gesteld voor het boedeltekort. Vervolgens gaat de holding ook failliet en verzoekt de curator van de holding het faillissement van de bestuurder in privé. Het boedeltekort in het faillissement van de holding wordt in hoofdzaak gevormd door het verschuldigde bedrag aan de dochtervennootschap op grond van bovengenoemde procedure. Ondanks de nauwe samenhang van de vorderingen is er sprake van pluraliteit van schuldeisers. De Hoge Raad oordeelt dat het hof een te strenge maatstaf heeft aangelegd bij de afwijzing van het faillissementsverzoek en verwijst de zaak terug.⁴⁰

In een arrest van 12 maart 2004 heeft de Hoge Raad herhaald dat voor faillietverklaring van een schuldenaar dient te worden vastgesteld dat de schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen en dat voor de vaststelling of de schuldenaar in deze toestand verkeert pluraliteit van schuldeisers een noodzakelijke, zij het niet voldoende voorwaarde is.⁴¹ Het oordeel van het hof dat de steunvorderingen niet in aanmerking konden worden genomen op de enkele grond dat ten aanzien van deze vorderingen niet is komen vast te staan dat verweerder in cassatie daadwerkelijk verkeerde in de toestand te hebben opgehouden te betalen, geeft derhalve blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

Ook in het arrest van de Hoge Raad van 15 oktober 2004 stond de pluraliteit van schuldeisers ter discussie.⁴² In dit arrest herhaalde de Hoge Raad nogmaals vorengenoemd standpunt omtrent pluraliteit van schuldeisers. De Hoge Raad handhaafde de afwijzing van het verzoek tot faillietverklaring nu niet kon worden vastgesteld dat sprake was van pluraliteit van schuldeisers, dan wel dat schuldenaar verkeerde in de toestand dat zij had opgehouden te betalen.

Rechtbank 's-Gravenhage⁴³ en Hof Arnhem⁴⁴ stonden voor de vraag of een vordering van het College Zorgverzekeraars (CZV) kon dienen als steunvordering van een faillissementsaanvraag van het UWV. De rechtbank en het hof oordeelde dat het CZV

in de gegeven omstandigheden is aan te merken als zelfstandig crediteur, dan wel economisch gerechtigde, ten aanzien van de op grond van de Ziekenfondswet verschuldigde premies. Ondanks het feit dat deze premies door het UWV worden geïnd, heeft het CZV rechtspersoonlijkheid en een zelfstandige vordering op de schuldenaar.

Een curator ging in verzet tegen een faillietverklaring van iemand die reeds eerder failliet was verklaard.⁴⁵ De rechtbank oordeelde dat de curator een belanghebbende is in de zin van art. 10 Fw. Het faillissement werd vernietigd nu was gebleken dat de aanvraag niet voldeed aan de wettelijke eisen, aangezien er niet was aangetoond dat er voldoende baten waren om de boedelkosten te bestrijden. De faillissementskosten kwamen ten laste van de schuldenaar en niet van de aanvrager, omdat enerzijds de rechtbank van mening is dat van de aanvrager in redelijkheid niet gevergd had kunnen worden te onderzoeken of de schuldenaar binnen een tijdsbestek van drie jaren eerder failliet is geweest en anderzijds het op de weg van de schuldenaar had gelegen om ex art. 18 Fw verweer te voeren.

GEFAILLEERDE

Het hof oordeelde dat tijdens het faillissement geen lijfswang ten uitvoer kan worden gelegd met betrekking tot alimentatietermijnen ontstaan vóór datum faillietverklaring.⁴⁶ Ingevolge art. 33 Fw heeft het vonnis van faillietverklaring tot gevolg dat de tenuitvoerlegging op enig deel van het vermogen een einde neemt en dat geen vonnis bij lijfswang ten uitvoer kan worden gelegd. Indien de schuldenaar zich in gijzeling bevindt, wordt hij daaruit ontslagen. De alimentatievordering moet, net als alle andere vorderingen, ter verificatie worden aangemeld. De uitzondering van art. 33 lid 4 Fw geldt volgens het hof slechts voor lijfswang bevolen en gijzeling toegepast voorafgaande aan het faillissement voor maandelijkse alimentatietermijnen die zijn vervallen voor het faillissement.

HUUR

In het arrest-Circle Vastgoed⁴⁷ oordeelde de Hoge Raad, met verwijzing naar de arresten

De Ranitz q.q./Ontvanger⁴⁸ en Frima q.q./Blankers,⁴⁹ dat de ontruimingsverplichting die is ontstaan als gevolg van de opzegging van een huurovereenkomst door de curator een boedelschuld is. De verplichting is ontstaan als gevolg van een door de curator ten behoeve van de boedel verrichte rechtshandeling en is derhalve een boedelschuld. Dit wordt niet anders doordat de desbetreffende verplichting mede haar grond vindt in een al voor de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding. Rechtbank 's-Gravenhage lijkt eerder in 2004 nog een hiervan afwijkend vonnis te hebben gewezen.⁵⁰

INTERNATIONALE ASPECTEN

Het 'centrum van de voornaamste belangen' dient volgens de considerans van de Europese Insolventieverordening ('IVO') overeen te komen met de plaats waar de schuldenaar gewoonlijk het beheer over zijn belangen voert en die daardoor als zodanig voor derden herkenbaar is. Gaat het om een rechtspersoon, dan is dat centrum van de voornaamste belangen ingevolge art. 3 IVO de plaats van zijn statutaire zetel, behoudens tegenbewijs. Ten aanzien van natuurlijke personen is een dergelijk vermoeden echter niet in de IVO opgenomen. De Hoge Raad oordeelt ten aanzien van natuurlijke personen dan ook dat niet uit de tekst van de bepaling, noch uit de considerans, blijkt dat de gewone verblijfplaats als centrum van de voornaamste belangen in de zin van art. 3 IVO heeft te gelden.⁵¹

De 'Eurofood-perikelen' zorgen voor nogal wat beroering op het Europese insolventieveld. Op 27 januari 2004 is in Ierland het faillissement aangevraagd van de Ierse vennootschap Eurofood IFSC Ltd. ('Eurofood') een dochter van Parmalat SpA. Naar Iers recht

kan in de periode tussen de aanvraag en de behandeling door de rechter een voorlopige curator worden benoemd. Voordat de werkelijke behandeling van de faillissementsaanvraag in Ierland plaatsvond werd Eurofood ook in Italië onderworpen aan een insolventieprocedure. In zijn uitspraak van 20 februari 2004 overwoog de rechter in Italië dat het centrum van de voornaamste belangen van Eurofood in Italië was gelegen. Naar aanleiding hiervan kwam de vraag naar voren of de benoeming van de voorlopige curator door de Ierse rechter dient te worden aangemerkt als de opening van een hoofdprocedure. Is dat het geval dan had de Italiaanse rechter de Ierse uitspraak moeten erkennen en zou hij alleen een secundaire procedure kunnen openen. Om te kunnen oordelen of de procedure eerst in Ierland of eerst in Italië is geopend en waar het centrum van de voornaamste belangen is gelegen, heeft de Irish Supreme Court prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.⁵² De 'Opinion' van de Advocaat-Generaal bij het Hof is inmiddels uitgebracht:⁵³ hij is van oordeel dat de handelingen van de Ierse rechter hebben te gelden als opening van de hoofdprocedure.

In art. 27 IVO is bepaald dat de secundaire insolventieprocedure één van de in bijlage B bij de IVO genoemde procedures moet zijn. Dit betreffen voor Nederland het faillissement en de schuldsanering natuurlijke personen. Verlening van surseance van betaling als secundaire insolventieprocedure is rechtens niet mogelijk. In dit kader heeft de Rechtbank 's-Hertogenbosch bepaald dat het bij het openen van een secundaire insolventieprocedure niet van belang is om welke van de insolventieprocedures het in de hoofdprocedure gaat.⁵⁴ Gaat het in de hoofdproce-

dure om een surseance van betaling dan staat dat volgens de rechtbank niet in de weg aan de opening van een secundaire liquidatieprocedure.

In navolging van eerdere jurisprudentie van het Hof 's-Hertogenbosch⁵⁵ en de Rechtbank Rotterdam⁵⁶ komt ook de Rechtbank Maastricht tot de conclusie dat als verrekening volgens de lex concursus niet is toegestaan, een beroep op verrekening toch moet worden gehonoreerd indien dit overeenkomstig de voorwaarden van de lex causae wel mogelijk is.⁵⁷ Onder de lex causae zijn volgens de rechtbank mede begrepen de bepalingen uit het insolventierecht.

Volgens art. 10 van de IVO worden de gevolgen van een insolventieprocedure voor arbeidsovereenkomsten uitsluitend beheerst door het recht van de lidstaat dat op de arbeidsovereenkomst van toepassing is. Een Engelse 'administration' moet worden vergeleken met een surseance zodat bij een arbeidsovereenkomst beheerst door Nederlands recht de Administrator in de hoofdprocedure gebonden is aan de Nederlandse regelgeving bij een surseance. Een curator benoemd in een daaropvolgende secundaire procedure in Nederland is bevoegd de arbeidsovereenkomsten met werknemers op de voet van art. 40 Fw op te zeggen (behoudens misbruik),⁵⁸ Het bepaalde in art. 27 IVO doet aan die bevoegdheid van de curator niet af aangezien daarmee slechts ten aanzien van goederen wordt vastgesteld dat de gevolgen van het faillissement alleen gelden voor goederen die zich in Nederland bevinden.

De Rechtbank Arnhem oordeelt dat naar Nederlands faillissementsrecht erfelijke aanspraken, ook al bevinden deze zich in het buitenland, tot de failliete boedel behoren,

37 Voorzieningenrechter Rechtbank Breda 2 maart 2004, JOR 2004/90.

38 Hof Amsterdam 19 september 2002, JOR 2004/175.

39 Hof Amsterdam (OK) 5 januari 2004, JOR 2004/42.

40 HR 5 maart 2004, JOR 2004/150.

41 HR 12 maart 2004, NJ 2004, 321, JOR 2004/151; zie ook HR 18 januari 2002, NJ 2002, 146, JOR 2002/77.

42 HR 15 oktober 2004, JOR 2004/337.

43 Rechtbank 's-Gravenhage 31 maart 2004, JOR 2004/179.

44 Hof Arnhem 5 augustus 2004, JOR 2004/289.

45 Rechtbank Zwolle 28 april 2004, JOR 2004/254.

46 Hof 's-Hertogenbosch 9 december 2003, NJ 2004, 346, JOR 2004/84.

47 HR 18 juni 2004, NJ 2004/617, JOR 2004/221.

48 HR 28 september 1990, NJ 1991, 305.

49 HR 12 november 1993, NJ 1994, 229.

50 Rechtbank 's-Gravenhage 4 februari 2004, JOR 2004/146.

51 Hoge Raad 9 januari 2004, JOR 2004/87.

52 Irish High Court 23 maart 2004, JOR 2004/211 en Irish Supreme Court 27 juli 2004, JOR 2004/287.

53 Zie www.globalturnaround.com, onder 'cases'.

54 Rechtbank 's-Hertogenbosch 16 juni 2004, JOR 2004/213.

55 Hof 's-Hertogenbosch 28 november 2002, JOR 2003/100.

56 Rechtbank Rotterdam 12 december 2002, JOR 2003/101.

57 Rechtbank Maastricht 14 juli 2004, JOR 2004/285.

althans daaraan ten goede dienen te komen.⁵⁹ De vraag of de Nederlandse curator zelfstandig aanspraak kan maken op de nalatenschap in Oostenrijk hangt bij gebreke van een toepasselijk verdrag (de IVO is pas na datum faillissement in werking getreden) af van het recht van Oostenrijk. Nu de curator volgens het recht van Oostenrijk geen rechtshandelingen kan verrichten tot het opvorderen van hetgeen de boedel rechtens toekomt, heeft hij er belang bij om te vorderen dat de failliet veroordeeld wordt tot het, met dwangvertegenwoordiging, verrichten van rechtshandelingen om aanspraken op zijn aandeel in de Oostenrijkse nalatenschap te effectueren.

Uit de Europese Insolventieverordening noch uit de wettelijke regelingen inzake de wettelijke schuldsaneringsregeling volgt dat bij toelating alleen Nederlandse schulden moeten worden meegenomen.⁶⁰

MISBRUIK FAILLISSEMENT

De Hoge Raad⁶¹ bevestigt een eerdere uitspraak van het hof⁶² waaruit bleek dat een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad soelaas kan bieden voor een werknemer bij misbruik van het faillissementsrecht. Het hof stelde vast dat het aanvragen van het faillissement door de enig (in)direct bestuurder en aandeelhouder onder de daargenoemde

omstandigheden onrechtmatig was jegens de (enige) werknemer. Volgens de Hoge Raad geeft het oordeel van het hof geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het oordeel van het hof moet aldus worden begrepen dat het faillissement weliswaar door de vennootschap zelf is aangevraagd, doch dat een en ander geheel in gang is gezet door, en voor rekening moet komen van, haar bestuurder die de zeggenschap in de vennootschap had.

Rechtbank 's-Gravenhage ging niet over tot vernietiging van een faillissement.⁶³ De rechtbank stelde vast dat gefailleerde daadwerkelijk in de toestand verkeerde dat zij was opgehouden te betalen. Het aanvragen van het eigen faillissement was de enige uitweg nadat de kantonrechter het ontbindingsverzoek voor negen arbeidsovereenkomsten had afgewezen. Wat betreft het opzeggen van het krediet door de moedermaatschappij, dan wel het weigeren om verder krediet te verstrekken, geldt dat niet gevegd kon worden dat de moedermaatschappij anders zou hebben gehandeld.

In de situatie dat een derde het faillissement had aangevraagd deed de schuldenaar een beroep op misbruik van de bevoegdheid tot het doen van een faillissementsaanvraag omdat de aanvrager niet instemde met een buitengerechtelijk saneringsvoorstel.⁶⁴ De



voorzieningenrechter overweegt dat medewerking aan een buitengerechtelijk akkoord met intrekking van de faillissementsaanvraag alleen kan worden toegewezen indien elk (redelijk) belang aan de zijde van aanvragers ontbreekt om niet akkoord te gaan met het saneringsvoorstel en in plaats daarvan het faillissement aan te vragen. Het is in casu niet volstrekt evident dat elk gerechtvaardigd belang ontbreekt en de voorzieningenrechter weigert dan ook het gevorderde. ●

58 Rechtbank 's-Hertogenbosch 24 juni 2004, *JOR* 2004/214.

59 Rechtbank Arnhem 21 januari 2004, *NJF* 2004, 220, *JOR* 2004/145.

60 HR 19 maart 2004, *TvI* 2004/4, p. 39.

61 HR 28 mei 2004, *JOR* 2004/216.

62 Hof 's-Hertogenbosch 10 januari 2002 en 17 oktober 2002, *JOR* 2002/235, zie ook *Kroniek Insolventierecht* 2002, *Advocatenblad* 2003, p. 704.

63 Rechtbank 's-Gravenhage 3 juni 2004, *JOR* 2004/217.

64 Voorzieningenrechter Rechtbank Arnhem 20 april 2004 en 16 juni 2004, *JOR* 2004/253.